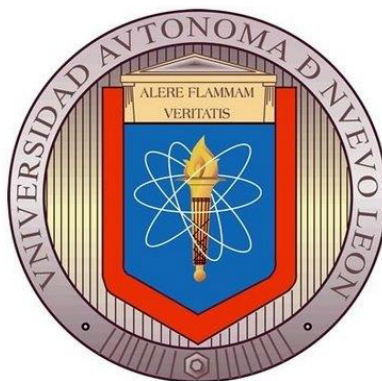


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



**“LA FALTA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PARA LOS CONCESIONARIOS  
DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. LA TEORÍA DE LA BIVALENCIA  
DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”**

**PRESENTADA POR**  
**MDM Y MDC. GUILLERMO GARCÍA RIVERA**

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE**  
**DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**JUNIO, 2018**

### **Declaración de Autenticidad.**

DECLARO QUE:

1. El presente trabajo de investigación, tema de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor, es original, siendo resultado de mi trabajo personal, el cual no he copiado de otro trabajo de investigación.
2. En el caso de ideas, fórmulas, citas completas, ilustraciones diversas, sacadas de cualquier tesis, obra, artículo, memoria, en versión digital o impresa, se menciona de forma clara y exacta su origen o autor, en el cuerpo del texto, figuras, cuadros, tablas y otros que tengan derechos de autor.
3. Declaro que el trabajo de investigación que pongo en consideración para evaluación no ha sido presentado anteriormente para obtener algún grado académico o título, ni ha sido publicado en sitio alguno.
4. Soy consciente de que el hecho de no respetar los derechos de autor y hacer plagio, es objeto de sanciones universitarias y/o legales, por lo que asumo cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de irregularidades en la tesis, así como de los derechos sobre la obra presentada.
5. De identificarse falsificación, plagio o fraude, o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, responsabilizándome por todas las cargas pecuniarias o legales que se deriven de ello sometiéndome a las normas establecidas y vigentes de la UANL.

AUTOR: MDM y MDC GUILLERMO GARCÍA RIVERA.

FECHA: JUNIO DE 2018.

FIRMA: \_\_\_\_\_

<b>Índice</b>	<b>Página</b>
Introducción.	9
CAPÍTULO I. Marco teórico y conceptual del contrato de concesión.	15
I.1 Antecedentes históricos del contrato de concesión.	15
I.1.1 En el mundo.	16
I.1.2 En México.	18
I.2 Conflicto teórico de los contratos administrativos en general y de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos en particular.	22
1.2.1 Naturaleza jurídica del contrato de concesión.	24
I.2.1.1 Conceptos e interpretaciones doctrinarias del contrato de concesión.	25
1.2.1.1.1 Tesis que niegan la existencia del contrato administrativo de concesión. “Teorías Antiguas”.	29
1.2.1.1.1.1 La concesión como acto administrativo.	32
1.2.1.1.2 Tesis que afirman la existencia del contrato administrativo de concesión. “Teorías Clásicas”.	36
1.2.1.1.3 Opiniones que consideran al contrato administrativo de concesión como un acto mixto. “Teorías Modernas”.	45
1.3 La dicotomía del contrato de concesión.	48
1.3.1 La parte de Derecho Público del contrato de concesión.	49
1.3.1.1 La Supra – Subordinación.	53
1.3.1.2 El contrato de concesión como contrato de adhesión.	57
1.3.2 La parte de Derecho Privado del contrato de concesión.	59
1.3.2.1 Contratos de coordinación.	60
1.4 Conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión y aproximaciones a su esencia bivalente.	66
CAPÍTULO II. Revisión de las principales corrientes filosóficas del Derecho a la luz del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.	72

II.1 Pertinencia del análisis positivista del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos como base para identificar la problemática de su bivalencia.	73
II.2. Revisión del realismo sociológico como corriente aplicable a la tesis sostenida.	80
II.2.1 Revisión del formalismo como corriente aplicable a la tesis sostenida.	81
II.3 Revisión del <i>ius naturalismo</i> como corriente asimilable a la tesis sostenida.	82
II.4 Asimilación de la legislación frente al constitucionalismo garantista.	87
II.4.1 La aplicación del juicio de ponderación para la búsqueda de una proporcionalidad entre la utilidad de los servicios públicos frente a la garantía de libertad de comercio.	92
II.4.1.1 Aplicación del método de la ponderación al caso concreto.	100
II.4.2 Los enfoques del Derecho de Atienza aplicados a la bivalencia del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.	104
II.5 Antinomias en la operación jurídica de los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.	106
Capítulo III. La falta de acceso a la tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos.	112
III.1 El acceso a la justicia como garantía fundamental.	112
III.1.1 Significado y alcances de la tutela judicial efectiva.	115
III.1.2 Los componentes de la tutela judicial efectiva.	119
III.2.1.1 La acción.	119
III.2.1.2 La pretensión.	123
III.2.1.3 La jurisdicción.	125
III.2.1.3.1 La jurisdicción como garantía.	129
III.3 Los intereses económicos del concesionario como empresario.	130
III.3.1 El equilibrio financiero como salvaguarda del concesionario.	134
III.3.2 Las prerrogativas exorbitantes de la autoridad en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos como contrapeso de los derechos del concesionario.	136

III.3.2.1 Las implicaciones para el concesionario de la “ <i>potestas variantis</i> ”.	136
III.3.2.2 El respaldo resarcitorio para el concesionario devenido del “ <i>hecho del príncipe</i> ”.	137
III.3.2.2.1 Condicionantes para el ejercicio del hecho del príncipe.	138
III.3.2.3 La teoría de la imprevisión.	140
III.3.3 La tutela judicial efectiva como impulsora de la economía.	141
III.4 Análisis de las vías procesales atendibles al concesionario que presta servicios públicos.	142
III.4.1 Las vías administrativas en la solución de controversias derivadas de la prestación de servicios concesionados.	143
III.4.1.1 El recurso administrativo.	143
III.4.1.1.1 La falta de efectividad de la autotutela administrativa para el concesionario.	146
III.4.1.2 El contencioso administrativo.	149
III.4.1.2.1.1 La influencia política en el favorecimiento de las posiciones de las concesionantes municipales.	152
III.4.1.3 El Amparo administrativo.	154
III.4.1.3.1 La coordinación entre concesionario y concesionante como obstáculo para la procedencia del amparo.	156
III.4.1.3.2 La implicación de las reformas de la ley de amparo que consideran al concesionario como autoridad.	157
III.4.2 Las vías jurisdiccionales de Derecho privado atinentes a la resolución de controversias surgidas de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.	158
III.4.2.1 La vía civil.	159
III.4.2.1.1 La acción de cobro de pesos por la prestación de servicios.	160
III.4.2.1.2 La acción de cumplimiento forzoso del contrato de prestación de servicios.	162
III.4.2.1.3 La acción de rescisión del contrato de prestación de servicios por incumplimiento del municipio.	162
III.4.2.1.4 La acción de daños y perjuicios.	163

III.4.2.2 La acción de cobro de pesos mediante las facturas expedidas. La vía mercantil.	164
CAPÍTULO IV. Análisis crítico de los elementos del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales.	166
IV.1 Breve reenvío a la teoría general del contrato administrativo.	166
IV.1.1 Contenido clausular de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos a la luz de la teoría de la bivalencia.	169
IV.2 El contenido de Derecho público del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.	170
IV.2.1 Concepto de servicios públicos.	170
IV.2.2 La ubicación de los servicios públicos en el sistema legal mexicano.	174
IV.2.2.1 La privatización de los servicios públicos.	177
IV.2.3 Las cláusulas exorbitantes como contenido de los contratos administrativos.	178
IV.2.3.1 La justificación de las cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.	180
IV.2.4 Las cláusulas exorbitantes o de Derecho público contenidas en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.	181
IV.2.4.1 Cláusula de mutabilidad del contrato o “potestas variandi”.	181
IV.2.4.2 Cláusula de inaplicabilidad de la “ <i>exceptio non adimpleti contractus</i> ”.	182
IV.2.4.3 Cláusula de la continuidad u “ <i>obligación de ejecutar</i> ”.	183
IV.2.4.4 Cláusula de la conclusión unilateral del contrato.	184
IV.2.4.5 Cláusula de asunción de la prestación de los servicios públicos.	187
IV.2.4.6 Cláusula de la interpretación unilateral del contrato.	187
IV.2.4.7 Cláusula de la imposición unilateral de sanciones y penas convencionales.	188
IV.2.4.8 Cláusula de la auto tutela para la resolución de conflictos con la contraparte.	189
IV.2.4.9 Cláusula de reversión de los bienes afectos a la concesión.	189

IV.3 El contenido de Derecho privado de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.	192
IV.3.1 Ubicación contractual de la prestación de servicios vista desde el punto de vista del concesionario.	193
IV.3.2 Cláusulas determinantes de contenido privado en las concesiones para la prestación de servicios públicos.	199
IV.3.2.1 Cláusula de la fijación de los servicios a ser prestados.	200
IV.3.2.2 Cláusula de las inversiones.	201
IV.3.2.3 Cláusula de la contraprestación económica.	202
IV.3.2.4 Cláusula de la forma de pago.	204
IV.3.2.5 Cláusula de los intereses moratorios.	204
IV.3.2.6 Cláusula de la vigencia.	206
IV.4 Análisis de Derecho comparado respecto al manejo del contrato de concesión.	206
IV.4.1 Francia.	207
IV.4.2. España.	210
IV.4.3 Italia.	212
IV.4.4 Estados Unidos.	213
IV.4.5 Alemania.	216
IV.4.6 Argentina.	218
IV.4.7 Colombia.	220
IV.5 Conclusiones del capítulo.	221
Capítulo V. Comprobación de la tesis a través de la revisión de procesos judiciales en los que se presenta la problemática de la tutela judicial efectiva relativa al acceso a la justicia para los concesionarios de servicios públicos.	223
V.1 Metodología para la comprobación de las hipótesis.	223
V.1.1 Reenvío a las hipótesis de la tesis.	224
V.1.1.1 Comprobación de las hipótesis.	226

V.1.2 La muestra de casos	228
V.2 Comprobación de la tesis.	231
V.2.1 Metodología	231
V.2.2 Análisis de la muestra de casos.	234
V.2.2.1 El caso Monterrey	234
V.2.2.2 El caso Cuernavaca	237
V.2.2.3 El caso Apizaco	240
V.2.2.4 El caso Acapulco.	243
V.2.2.5 El caso Acuña.	246
V.2.2.6 El caso Mexicali.	249
V.2.2.7 El caso Reynosa.	252
V.2.2.8 El caso Culiacán.	255
V.2.2.9 El caso Ramos Arizpe.	258
Conclusiones	262
Referencias	267



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo contiene la tesis denominada *“LA FALTA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PARA LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. LA TEORÍA DE LA BIVALENCIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”* a fin de ser presentado ante el Comité Doctoral para obtener el grado de Doctor en Derecho con Orientación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

En el trabajo de investigación personal se aborda la problemática de la falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos municipales ante el incumplimiento de obligaciones bilaterales de su contraparte gubernamental.

A través del presente trabajo académico se pretende demostrar que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales contienen una bivalencia que no ha sido debidamente reconocida lo cual ha provocado su incorrecta aplicación por parte de los tribunales debido a la incorrecta sistematización de la figura en la normatividad mexicana.

Efectivamente, la multiplicidad de normas jurídicas que, de un modo u otro, regulan la figura de la concesión ha generado variaciones, divergencias e incertidumbres en la interpretación jurisdiccional afectando, primordialmente, al concesionario que pretende exigir el cumplimiento de los derechos que le corresponden.

No solo en la sistematización legal se observan divergencias en la conceptualización del contrato en cuestión, sino también, y quizás de manera aún más marcada, en las corrientes doctrinales que difieren al considerar si éste contrato es de naturaleza netamente administrativista, es privado o tiene características mixtas.

Esta complejidad normativa y doctrinaria se traduce en un grave problema atingente a la ciencia jurídica consistente en la negación de justicia para los concesionarios de servicios públicos municipales dada la falta de tutela judicial efectiva al enfrentarse a criterios multívocos en los tribunales que les impiden acceder a lo que justamente les corresponde.

Los señalamientos previos se expresan en las hipótesis que sustentan la presente tesis las cuales se enumeran a continuación:

- 1) El particular que ha contratado con una entidad gubernamental no cuenta con un proceso jurisdiccional eficaz que le garantice una tutela judicial efectiva para exigir el cumplimiento de los derechos que le corresponden como consecuencia de un incumplimiento de su contraparte devenida de un

pacto convencional contenido en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales.

- 2) La inexistencia de un marco conceptual adecuado respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión incide negativamente en el acceso a la justicia para los concesionarios prestadores de servicios públicos municipales.
- 3) Los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales son bivalentes dado que presentan notas tanto de Derecho público como de Derecho privado por lo que su incumplimiento puede ser ejercido a través de vías distintas a la administrativa.
- 4) Las normas legales vigentes que regulan el contrato de concesión son imperfectas al estar planteadas de manera asistemática y dispersa lo cual genera una oscuridad conceptual que se traduce en la falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos que pretenden ser resarcidos de sus derechos pecuniarios.

Lo anterior muestra la presencia de un problema de tutela jurisdiccional al hacerse complejo, por decir lo menos, el camino procesal para poder hacer efectivos y, consecuentemente, coercivos, los derechos económicos que les corresponden a los concesionarios frente a su co contratante gubernamental lo cual los deja en un estado de indefensión.

La justificación de la investigación realizada, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, en la negación al acceso a la justicia para los concesionarios de servicios públicos municipales; éste estudio, hasta donde tenemos conocimiento, no ha sido abordado desde el punto de vista de los concesionarios, por tanto, se pretende, en primer lugar, esclarecer la naturaleza jurídica e interpretación del contrato de concesión y su aplicación en la práctica mexicana y, por otro lado, aportar la creación de un modelo que, si bien cuide el interés público (traducido en la recepción adecuada de la ciudadanía de los servicios públicos) brinde, a la vez, un marco jurídico que permita a los concesionarios hacer valer de manera efectiva, pronta y expedita los derechos económicos que les corresponden por la prestación de los servicios correspondientes.

Lo que los trabajos jurídicos deben buscar, según lo indica Calderón Astete<sup>1</sup>, es desentrañar, fijar, establecer y analizar el contenido del Derecho así como la necesidad de desformalizar la razón de su ejercicio a fin de desplazarse de un pensamiento abstracto a la realidad material, lo cual se pretende lograr en el

---

<sup>1</sup> Calderón Astete, Rodrigo. *Paradigmas jurídicos. Una revisión crítica*. Flores Editor y Distribuidor. México. 2015. P. 17.

trabajo académico que se expone a continuación desde la perspectiva de la figura del contrato materia de dicho estudio.

Desde una óptica pragmática la tesis se justifica por el alto número de concesiones que la Administración Pública ha otorgado en los años recientes debido a la política liberalista del Estado mexicano justificada por la gran cantidad de tareas que tiene encomendadas y la imposibilidad de realizarlas de manera directa por carecer de medios para ello, lo cual ha conducido a recurrir a la prerrogativa constitucional que le permite delegar en particulares la prestación de determinados servicios públicos. Esta coyuntura ha provocado que numerosos particulares decidan invertir su patrimonio para participar en las tareas de prestación de servicios públicos y, por ende, se ha disparado el número de controversias surgidas entre estos y el gobierno.

Es importante indicar que la muestra y, en general el objeto nodal del presente trabajo, se encuentran acotados a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales dada la necesidad de restringir el universo del estudio incidiendo así en su asertividad.

La estrategia seguida para el planteamiento y comprobación de esta tesis se estructuró en cinco capítulos con el siguiente contenido:

En el primer capítulo se efectúa un acercamiento al concepto y naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales en el cual se analizan las diferentes corrientes doctrinarias que conceptúan el contrato en estudio lo cual muestra la multivocidad de la figura.

El segundo capítulo confronta las principales corrientes filosóficas del Derecho con la figura de la concesión lo cual guía el pensamiento académico - jurídico hacia el deber ser al atender la jurisdiccionalidad del contrato analizado.

El capítulo tercero revisa la problemática de la falta de acceso a la tutela judicial efectiva al analizar las principales vías procesales a las cuáles acude el concesionario para hacer valer sus derechos y la importancia de la salvaguarda de estos a la luz de la libertad de comercio; en éste episodio se muestran también las problemáticas que cada una de la vías presenta para el concesionario y las barreras jurisdiccionales consecuentes.

El contenido del capítulo cuarto efectúa un profundo análisis del impacto del contenido de Derecho público del contrato de concesión, es decir, de la prestación de los servicios públicos como parte esencial de dicho acto jurídico lo cual sirve como base para el entendimiento holístico de la figura en análisis y poder integrar su parte pública con la privada. También se efectúa en éste episodio una confrontación de Derecho comparado de la figura de la concesión para la prestación de servicios públicos.

Por último, en el capítulo quinto se llevó a cabo la comprobación de la tesis por medio de la revisión de una muestra de casos que comprueba la problemática planteada y conduce al establecimiento de la teoría de la bivalencia.

En correlación con lo desarrollado en la descripción previa del contenido de los capítulos de la tesis se precisan los objetivos del presente trabajo académico del siguiente modo:

- Revisar, analizar y concretar las diversas corrientes teóricas relativas a la naturaleza jurídica de los contratos de concesión para definir la necesidad de exponer una nueva teoría que asimile los derechos económicos de los concesionarios sin menoscabar la finalidad de interés público de la prestación de los servicios públicos municipales.
- Efectuar un análisis de las diferentes normas jurídicas aplicables al tema en estudio (administrativo, civil, mercantil), para determinar si estas conceden al concesionario un acceso real a la tutela judicial efectiva ante el incumplimiento de obligaciones económicas de su co contratante derivado de la prestación de servicios públicos municipales concesionados.
- Analizar una muestra de litigios llevados entre particulares y entes gubernamentales para determinar si los concesionarios tienen acceso a juicios expeditos, imparciales y adecuados para exigir el cumplimiento de sus derechos pecuniarios como consecuencia de los servicios públicos municipales prestados.
- Determinar la posibilidad de que el contrato de concesión pueda tener una bivalencia, es decir, que pueda asimilar una parte de derecho administrativo y otra de derecho privado sin caer en antinomias.

La metodología empleada en esta tesis se suscribe al método científico ya que recaba conocimientos, efectúa un planteamiento del problema, formula hipótesis y genera nuevos conocimientos.

Se mostrará en el transcurso del documento que las fases del procedimiento comprenden la conceptualización, la inferencia y la verificación de los resultados de la investigación, de tal modo que se han generado nuevos conocimientos teóricos y alcanzado conceptos ideales respecto a la naturaleza jurídica y definición del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.

El abordaje de la investigación efectuada fue a través del método cualitativo dado que se requirió una visión desmenuzadora de cada uno de los temas que comprende el objeto del estudio, tal como lo son: la determinación de la idea del acceso a la justicia y su concepción como garantía del gobernado, los contratos de concesión; los servicios públicos, los entes gubernamentales como ente sujetable

a una jurisdicción de Derecho privado, la falta de tutela judicial efectiva y la afectación a la libertad de comercio del concesionario, entre otras.

Como puede verse, los temas estudiados son disímboles y variados, por ello, la característica holística del tipo de investigación cualitativa es concordante con la revisión integral y exhaustiva de los temas que se tratan, asimismo, la flexibilidad de la forma de abordar los objetos de estudio y la posibilidad de ajustar hipótesis conforme avanzó el estudio, confirma la aplicabilidad de la investigación cualitativa.

Los métodos empleados para abordar el trabajo de investigación jurídica que se presenta (en concordancia con las propuestas de Ponce León Armenta<sup>2</sup>) son:

- Histórico Jurídico: localizable en el primer capítulo de la tesis donde se realiza un seguimiento histórico de la institución jurídica del contrato administrativo en general y del de concesión para la prestación de servicios públicos en particular gracias a lo cual se exploró la raíz de dichas figuras.
- Discursivo: éste es un método indirecto ya que no aborda de manera directa el objeto en principio, sino que revisa el problema desde diversos puntos de vista para ir “abrazándolo” hasta conseguir fijar su concepto. Esta tarea es básica para el entendimiento de un problema investigativo complejo como el que ocupa al trabajo de investigación dado que solamente se puede llegar a ello mediante una comprensión cabal de todas sus aristas. En lo que respecta al trabajo de investigación personal fue necesario diseccionar temas tales como: el acceso a la justicia, la falta de tutela judicial efectiva, los contratos de prestación de servicios públicos, la figura del ente gubernamental concedente, la naturaleza jurídica del contrato de concesión, la afectación a la libertad de comercio de los concesionarios - comerciantes, entre otros.
- Sistemático: propugna éste método la ordenación de conocimientos en grupos coherentes. Se pretende abrir un camino para posteriores investigaciones. Se estima que éste método fue asimilado al trabajo de investigación ya que se sistematizó la variada información contenida en las normas legales, procesos jurisdiccionales y doctrina que atienden el tema del conflicto entre los particulares y las entidades gubernamentales cuando aquellos pretenden exigir el cumplimiento coercitivo de los derechos pecuniarios que les corresponden por la prestación de servicios públicos que han realizado al amparo de un contrato de concesión.
- Jurídico-Propositivo: éste método evalúa fallas en sistemas o normas a fin de aportar soluciones. En el cuerpo del trabajo se mostrarán deficiencias en las normas que regulan la posibilidad de que los concesionarios defiendan

---

<sup>2</sup> Ponce de León Armenta, Luis. *Metodología del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 2011. Pp. 67-69.

adecuadamente sus derechos, por ello, resultó necesario adoptar también esta postura y proponer una teoría que concilie las partes de Derecho público y privado del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos. En complemento a lo señalado con anterioridad se considera relevante indicar que, hasta donde se tiene conocimiento, son escasos los trabajos científicos que han abordado la problemática del acceso a la justicia para los concesionarios de servicios públicos cuyas contrapartes gubernamentales les han incumplido prestaciones contractuales

- Deductivo: se basa en la consideración de una serie de fenómenos o conocimientos particulares para arribar a conclusiones generales. Se muestra con claridad el empleo de éste método en el capítulo V dónde se analizan diversos casos judiciales y criterios jurisprudenciales que permiten mostrar una constante falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos municipales.

Se ha recurrido también a la investigación cuantitativa en el último capítulo de la tesis dónde se efectúa un análisis de procesos jurisdiccionales a los cuáles se asignaron valores para determinar la intensidad de la falta de tutela judicial efectiva en cada uno de estos litigios a través de la aplicación de una herramienta metodológica creada “*ad hoc*”, gracias a esto se ha posibilitado la cuantificación y comprobación de muestras representativas alcanzando el objetivo señalado por Villabella<sup>3</sup> consistente en la medición y demostración de las variables y relaciones propuestas en las hipótesis, empleando un lenguaje esencialmente numérico que permiten asentar patrones de comportamiento, explicar, generalizar y efectuar conclusiones.

---

<sup>3</sup> Villabella Armengol, Carlos Manuel. *La investigación científica en la ciencia. Sus particularidades*. IUS. Revista del Instituto del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., número 23. Puebla, Puebla. 2009. P. 13

## **CAPÍTULO I.**

### **Marco teórico y conceptual del contrato de concesión**

La operacionalización de un concepto, a decir de Lazarsfeld, implica ponerlo en correspondencia con las teorías lo que conduce a efectuar una descripción doctrinaria del mismo para comprenderlo cabalmente, por lo que es necesario identificar sus dimensiones y sub dimensiones para que dicho concepto cobre significado, es decir, para que esté debidamente construido<sup>4</sup>.

En concordancia con lo anterior, en éste primer capítulo se procede a efectuar la construcción del concepto del contrato de concesión a fin de comprender a profundidad su significado desde el punto de vista teórico e identificar la problemática de su aplicación en la ciencia y la práctica jurídica.

La deconstrucción<sup>5</sup> de la figura se realizará en tres etapas: la primera revisará los antecedentes históricos del contrato de concesión para la debida comprensión de su génesis; la segunda se abocará a estudiar los diferentes conceptos del mencionado contrato y la tercera las diversas corrientes doctrinarias que la interpretan.

#### **I.1 Antecedentes históricos del contrato de concesión**

La primera advertencia que debe hacerse es que la historia de los contratos de concesión es indisoluble de la de los contratos administrativos, dado que aquellos son la especie de estos, por lo que naturalmente comparten antecedentes.

Es de utilidad para el presente trabajo la referencia histórica de estos actos jurídicos dado que, desde el momento mismo de su aparición, se suscitó controversia respecto a su naturaleza jurídica y, por ende, a su aplicación. Esta polémica ha provocado múltiples teorías que redundan en interpretaciones variadas y divergentes que complican los adecuados pronunciamientos jurisdiccionales cuando se presentan litigios entre los particulares - concesionarios y las entidades públicas que les otorgaron las respectivas concesiones.

Hemos dividido el análisis histórico de la concesión en dos partes: la primera atiende a la revisión de su origen a nivel mundial y la segunda revisa la experiencia de su aplicación en nuestro país.

---

<sup>4</sup> Aibar, Julio, Cortés, Fernando, Martínez, Liliana y Zaremborg, Gisela. El helicoide de la investigación. Metodología en tesis de Ciencias Sociales. 1ª ed. Editorial Flacso. México. 2013. pp. 48-49.

<sup>5</sup> El término deconstrucción se emplea en el sentido dado por el filósofo francés Jacques Derrida, que refiere al acto de desmontar, a través de una análisis intelectual, una estructura conceptual. Fuente: <https://definicion.de/deconstruccion/>

### I.1.1 En el mundo.

Es discutida la génesis de los contratos administrativos ya que algunos autores se remontan a la figura de los contratos civiles en el Derecho Romano; sin embargo, la mayoría coincide en que el origen del contrato administrativo “*per se*” surge a principios del siglo XIX como consecuencia de su inclusión en los Códigos Napoleónicos.

Campolieti afirma que la teoría del contrato administrativo tiene su origen en Francia a resultas de la creación jurisprudencial del Consejo de Estado donde se le da un perfil propio tomando como base los constructos conceptuales del derecho común.<sup>6</sup>

Desde su origen el contrato administrativo fue controvertido, a decir de Fernández Ruiz, ya que se alzaron las voces de diversos doctrinarios que, con ideas enraizadas en la unicidad de la figura contractual civilista, se oponían a la existencia de contratos con naturaleza distinta<sup>7</sup>.

Son particularmente relevantes las alusiones al tratamiento de los contratos de concesión en los sistemas francés y español que han influido de manera decisiva del modo en que estos se estipulan en nuestro sistema jurídico nacional, en éste sentido, es importante referir a los tratadistas españoles García de Enterría y Fernández quienes indican que, durante el siglo XIX, la doctrina, la jurisprudencia y las leyes imperantes en Francia y España distinguían ya a los contratos administrativos en cuanto a su singularidad de régimen jurisdiccional; sin embargo, se estimaba que ni su naturaleza jurídica ni su regulación de fondo eran distintas de los contratos civilistas<sup>8</sup>.

En cuanto a los antecedentes en España, los autores referidos indican que las primeras normatividades que regularon la materia contenciosa administrativa fueron la Ley del 2 abril de 1845 relativa a los Consejos Provinciales, el Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846 (que daban competencia a dichos consejos para conocer de todos los contratos celebrados por la Administración Pública) y el Real Decreto del 27 de febrero de 1852. Las precitadas normas jurídicas no establecían un reparto jurisdiccional entre lo administrativo y lo civil; sin embargo, se interpretaba de ellas la competencia jurisdiccional administrativa, esto debido principalmente al fuero excepcional y privilegiado que gozaba la Administración Pública en aquél entonces.

---

<sup>6</sup> Campolieti, Federico. *Los límites del contrato administrativo*. Segmento del libro *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Coordinado por Fernández Ruiz, Jorge, Santiago Sánchez, Javier. 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007. p. 21.

<sup>7</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. 3ª ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009. p. 58

<sup>8</sup> García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Thomson Civitas. 2004. p. 690.



Menciona Nava que en Francia, la Ley del 24 de mayo 1872, estableció la posibilidad de que el Estado celebrara actos de gestión donde se despojaba de su “*imperium*” para celebrar actos diversos, entre los cuales, se encontraban los contratos administrativos; de esta idea surge la teoría de la distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión del poder público enarbolada por Laferrière en su obra “*Jurisdiction et Contentieux*” de 1887. Esta postura fue criticada por los partidarios de la idea de que la Administración Pública no podía ponerse en un plano de igualdad frente a los particulares al contratar; sin embargo, prevalecerá esta posición hasta principios del siglo veinte<sup>9</sup>. Destaca el autor en referencia el caso del *arrêt* Blanco del Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873 dónde dicho órgano fijó la competencia administrativa en base a la idea del servicio público cuando la administración organiza o garantiza un servicio de dicha naturaleza<sup>10</sup>. En 1903 la jurisprudencia francesa derivada del célebre caso Terrier sentó las bases para los contratos administrativos como insertos en el Derecho Público al considerar que, cuando se trata de la organización y funcionamiento de los servicios públicos, sea que se actúe por vía de autoridad o de contrato, constituye una operación administrativa y, por ende, deben ser atendidos en tal jurisdicción. Cabe señalar que esta decisión fue matizada indicándose que, aunque si bien se surte la jurisdicción administrativa en éste tipo de relaciones jurídicas, no implica que puede invocar el beneficio de su situación de persona pública.

En los primeros momentos históricos de la operación de esta figura en Francia, se determinaba lo administrativo atendiendo a la determinación legal expresa (como en el caso de los préstamos públicos) de tal modo que era el legislador quien designaba cuáles contratos celebrados por el Estado debían resolverse en una jurisdicción administrativa, posteriormente se fue ampliando el catálogo legal lo cual provocó una derivación a la jurisprudencia dónde se vinculó lo contractual administrativo con la prestación de servicios públicos y con la inclusión de cláusulas exorbitantes. Esto se puede observar en el “*arret Thérond*” de 1910 (caso que tenía como objeto un contrato celebrado entre la ciudad de Montpellier y un particular a fin de que éste capturase y retirase de la vía pública los animales muertos para asegurar la higiene de la población) dónde el Consejo de Estado entendió que un conflicto originado por la inejecución de un contrato de prestación de servicio público debía ser resuelto por la jurisdicción administrativa ante la ausencia de una norma expresa que concediera el acceso a otra jurisdicción<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Nava Negrete, Alfonso. *Estudios Administrativos*. 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2011. p. 15.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>11</sup> Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (Coordinadores). *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Capítulo denominado “*Los límites del contrato administrativo*” por Federico Campolieti. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 2007. PP. 21-22.

En España, la Constitución de Cádiz, de clara influencia francesa, toma las preocupaciones de aquella respecto a la disputa por determinar quién debía juzgar a la administración pública; sin embargo, aun predominaba la tendencia a designar al poder judicial para tal efecto. Posteriormente, la constitución española de 1937 sentaría las bases de la singularidad contractual administrativa en aquellas latitudes (y constituyéndose como el modelo a seguir para las legislaciones latinoamericanas) aportando ideas tales como la inembargabilidad de los bienes públicos, las cláusulas exorbitantes, vetos a los funcionarios públicos, etc. También se establece la figura del consejo de estado español al cual se le asignó el deber de juzgar a la administración pública<sup>12</sup>.

García de Enterría y Fernández señalan que la promulgación de la Ley de Contratos del Estado de 1965 “*sustantivo*” los contratos administrativos al tipificarlos en dicho ordenamiento<sup>13</sup>.

La evolución del derecho administrativo en Europa ha llegado al grado de integración de los diversos países miembros en normas supranacionales conformadas por los tratados de Roma, Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa, en los cuales confluyen influencias legales mutuas en materia de contratos públicos<sup>14</sup>.

Esta unión legislativa ha traído como resultado una figura contractual unificada para los países miembros de la Unión Europea denominada “*acuerdo macro*” que se define en la Directiva 2004/18/CE del siguiente modo: es el acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos cuya finalidad es el establecimiento de las condiciones que rijan los contratos que se adjudiquen en un período, en particular, las condiciones relacionadas con los precios y, en su caso, las cantidades previstas<sup>15</sup>.

### I.1.2 En México

Los primeros antecedentes legislativos del contrato de concesión en México datan de finales del siglo XIX cuando se fortalece la idea de que el manejo de los servicios públicos no puede quedar a expensas de la inmutabilidad de los contratos civiles.

La primera referencia ubicada en los textos revisados para esta tesis es la señalada por Castillo Velasco quien indica que las ordenanzas de 1840 ya distinguían a la obra pública como contratos adscritos a un régimen estatal al

---

<sup>12</sup> Mondragón Badillo, Azaraí Farah. *Contratos Públicos – Procedimientos de Contratación México – España*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Documento electrónico obtenido de [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx): <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/135/Becar>. agosto de 2010. p. 3

<sup>13</sup> Ob. cit. p. 689.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 2.

<sup>15</sup> Rastrollo Suárez, Juan José. *Contratos Públicos. Adaptación del Derecho Español a la Normativa Comunitaria*. Editorial Jurúa. Lisboa. 2010. P. 111.

requerir estudios previos que debían ser aprobados por la Administración pública<sup>16</sup>.

Acorde a lo indicado por Fernández Ruiz, la primera norma jurídica que incluyó un contrato administrativo en nuestro país es la que reguló los préstamos públicos emitidos por los decretos del Congreso constituyente de 1822-1823 y la fracción XI del acta constitutiva de la federación del 31 de enero de 1824; si bien, los contratos de empréstitos públicos no configuran una concesión, es relevante indicar que desde la génesis constituyente del sistema legal mexicano se preveía la contratación administrativa.

Indica también Fernández que la primera concesión otorgada en México fue para la prestación del servicio público de transporte fluvial mediante la cual se otorgó un privilegio exclusivo a Juan Davis Bradvurn para explotar buques de vapor en la circunscripción del Río Grande del Norte con fundamento en la ley del 9 de mayo de 1829<sup>17</sup>.

Serra Rojas menciona como antecedentes relevantes de concesiones decimonónicas la creación del Banco de Londres y México en 1884, la del Banco Franco – Egipto en 1881, el Banco mercantil agrícola e hipotecario de 1882 y el Banco de Empleados el siguiente año. Asimismo hace referencia al contrato de concesión de Necaxa de 1895 en materia de energía eléctrica y otros emitidos en materia de vapor, gas, ferrocarriles y petróleo en los años de 1837, 1853 y 1880<sup>18</sup>.

Fraga identifica las primeras concesiones con las autorizaciones para operar a los bancos contenidas en la Ley de Instituciones de Crédito del 19 de marzo de 1897, en cuya exposición de motivos se aseveró que no podían estipularse restricciones que impidan al poder público alterarlas cuando así lo requiera el bienestar público. En esta legislación se regulaban temas tales como el respeto a la subsistencia de la concesión, a la constitución de la sociedad explotadora del servicio, los alicientes para la exención o reducción de impuestos así como el marco regulatorio de la relación entre el banco y sus clientes.

Otra referencia histórica que nos proporciona el connotado administrativista en cita es la de la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899 que señalaba que la regulación para la explotación del servicio no implica la constitución de derechos adquiridos para las empresas ferrocarrileras, es decir, que podían ser modificados o derogados en cualquier momento atendiendo a causas de utilidad pública<sup>19</sup>.

Es coincidente con lo anterior la opinión de Fernández Ruiz quien manifiesta que el origen de los contratos administrativos en México se da en el siglo XIX. Este

---

<sup>16</sup> Castillo Velasco, José María. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*. 1ª ed. UNAM. 1994. PP. 26-27.

<sup>17</sup> Ob. cit. (obra *Derecho Administrativo. Contratos*) Pp. 109-110.

<sup>18</sup> Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. 25ª ed. Porrúa. México. 2008. P. 387.

<sup>19</sup> Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 47ª ed. Porrúa. México. 2009. Pp. 244-245.

tratadista señala que, en aquella época, se reconoce a dichos convenios como una categoría diferente a los civiles, entre otras razones, porque aquellos están sometidos a un régimen exorbitante a la bilateralidad típica del derecho privado<sup>20</sup>.

Estos contratos decimonónicos eran formalmente celebrados como los contratos de derecho privado pero aprobados por el Congreso de la Unión, por lo cual, a decir de Acosta Romero, algunos juristas consideraban que la concesión tenía un carácter legislativo y, por lo tanto, su modificación, terminación, revocación o rescisión, precisaba la aprobación del poder legislativo<sup>21</sup>.

Una referencia indirecta del progreso histórico del contrato de concesión nacional la aporta Galindo quien señala que la legislación y jurisprudencia mexicanas, desde los años cincuenta del siglo veinte, se han inclinado a considerar al acto administrativo como de Derecho Público; esta afirmación está basada en el hecho de que el Derecho Administrativo presenta características exorbitantes respecto a la bilateralidad intrínseca del Derecho Privado<sup>22</sup>.

Durante el porfiriato se aplicó la fórmula del “*concesionario favorito*” de la administración que benefició, principalmente a la empresa S. Pearson & Son la cual llegó a realizar obras públicas que llegaron a importar hasta la tercera parte de la deuda del país destinada a la inversión pública. Cabe señalar que, en las primeras décadas del siglo veinte, la regulación del contrato administrativo era vaga e imprecisa como resultado de un derecho administrativo en ciernes. Una vez resuelta la revolución mexicana, la incorporación definitiva del contrato administrativo al derecho positivo nacional, a decir de Fernández Ruiz, se da en la redacción del artículo 134 constitucional de la Constitución de 1917 dónde se plasma el principio del concurso público como base para la elección del contratante del Estado<sup>23</sup>.

De manera implícita, la figura de la concesión se registra en la primera Ley de General de Bienes Nacionales de 1942 que señalaba la posibilidad de que los particulares adquiriesen el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público conforme a las reglas que emitiera el Congreso de la Unión<sup>24</sup>.

Señala el doctrinario previamente citado que durante la sistematización de la regulación de los contratos administrativos en el ámbito federal mexicano se inició, de manera formal, mediante un esquema dual contenido en la Ley de Adquisiciones del 14 de diciembre de 1965 y la Ley de Inspección de Contratos y

---

<sup>20</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. Cit. p. 34.

<sup>21</sup> Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo*. 14ª ed. Porrúa. México. 1999. P. 922.

<sup>22</sup> Galindo Camacho, Miguel. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Porrúa. México. 2003. P. 118.

<sup>23</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo. Contratos*. Ob. cit. Pp. 35 & 112-113 & 119.

<sup>24</sup> Ibidem. p. 126 & 128.

Obras Públicas del 21 de diciembre del mismo año<sup>25</sup>, el cual perduró, a través de su réplica en las legislaciones estatales, durante tres décadas.

Indica Nava Negrete que los contratos de concesión fueron prácticamente desterrados como instrumentos jurídicos para operar los servicios públicos por las administraciones públicas en las décadas de los sesentas y setentas cuando se detonó la operación directa de los servicios públicos a través del imperio de las empresas públicas; sin embargo, esta inercia fue cambiando a partir de los años noventa del siglo próximo pasado cuando se dio lo que éste autor llama una “edad de oro” de las concesiones ya que las entidades públicas comenzaron a optar por esta figura como la favorita para realizar los diversos servicios que les corresponden. Entre los ejemplos que cita Nava se encuentran la construcción de carreteras (como la México-Acapulco), presas y puertos marítimos, entre otros<sup>26</sup>.

Un breve recuento de las políticas económicas que han asumido las administraciones federales en las últimas décadas sirve como indicativo para deducir el grado de utilización del contrato de concesión en nuestro país, así, en la década de los setentas del siglo veinte, se recurrió al llamado “*desarrollo estabilizador*” mediante el cual el gobierno asumió una relevante participación en las actividades económicas del país asumiendo de manera directa la prestación no sólo de servicios públicos sino también de otras áreas que, en principio, no le eran propias, como la banca comercial; esta posición provoca una mínima delegación de la realización de los servicios públicos a través del otorgamiento de concesiones a particulares. Esta situación persiste en la década de los ochentas con la adopción del “*neoliberalismo económico*” salinista, que inicia una era de desincorporación de infraestructura productiva gubernamental. No es sino hasta finales de dicha década y en la de los años noventa cuando, a raíz de los compromisos internacionales asumidos en los tratados de libre comercio por nuestro país, que el modelo económico se transforma hacia la liberalización de la economía en conjunto y, por tanto, renace la política de delegar, a través de concesiones, la prestación de los servicios públicos hacia los particulares lo cual es visible en el gran número de contratos de éste tipo que son celebrados en la actualidad por las administraciones públicas municipales<sup>27</sup>.

En la antepenúltima década del siglo veinte fueron expedidas las dos leyes que sentaron las bases de la contratación pública las cuáles fueron denominadas como: Ley de Obras públicas (publicada el 30 de diciembre de 1980) y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con bienes muebles (del 8 de febrero de 1985). Estas leyes federales fueron el modelo para las legislaciones de las entidades federativas que, con algunas variantes,

---

<sup>25</sup> Ibidem. p. XI.

<sup>26</sup> Nava Negrete, Alfonso. *Derecho Administrativo Mexicano*. 1ª. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1995. Pp. 340-341.

<sup>27</sup> Muñoz Fraga, Rafael. *Derecho Económico*. 1ª ed. Porrúa. México. 2011. Pp. 101-103.

adoptaron sus disposiciones para las contrataciones de dicho nivel gubernamental<sup>28</sup>.

Posteriormente, en la década de los noventa del siglo en referencia se expidió la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que cambió el antes citado sistema dual que había prevalecido desde los años sesentas fundiendo en un mismo texto la contratación de obras públicas, adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y de servicios<sup>29</sup>, el cual fue posteriormente retomado con la promulgación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas que fueron publicadas el 4 de enero del año 2000.

En la actualidad encontramos una gran dispersión en la legislación mexicana respecto a la figura del contrato de concesión, dado que, dependiendo del tipo de servicio que se concede y/o de los sujetos públicos que intervienen en ellos, pueden ser aplicables los reglamentos municipales, las leyes estatales o las leyes federales; sin embargo, como se podrá ver en capítulos posteriores, ninguna de estas normas proporciona una estructura metódica del contrato ni sienta las bases para una adecuada tutela judicial para los concesionarios.

## I.2 Conflicto teórico de los contratos administrativos en general y de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos en particular.

Se ha advertido con anterioridad que el surgimiento de los contratos administrativos no fue de ningún modo pacífico ya que, desde su origen, connotados juristas impugnaron su existencia al negar que debiese dárseles una categoría especial.

Vale la pena hacer referencia a los ciclos teóricos identificados por García de Enterría y Fernández en su obra "*Derecho Administrativo I*" para comprender el nudo conceptual que se ha ido intrincando con el transcurrir de los años y la aportación de nuevas opiniones; estos autores efectúan una larga disquisición sobre la teorización del contrato administrativo como un contrato singular que se aparta de la teoría general del contrato civilista para inclinarse hacia el Derecho Público. Entre las ideas vertidas por ellos destacamos las siguientes por ser atendibles en la presente tesis: se reconoce la dificultad de distinguir entre la naturaleza privada o pública de estos contratos debido al "*lastre dogmático*" que se acarrea en los países que han atendido las doctrinas francesas ya que en esta longeva y nutrida discusión se han expuesto temas tales como la modulación de las instituciones de Derecho Civil, la posición jurídica de la Administración Pública

---

<sup>28</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. ob. cit. P. 491.

<sup>29</sup> Ibidem. Ob. cit. P. XI.



(ya como sujeto de Derecho público, ya como contraparte en igualdad del particular) y la aplicabilidad jurisdiccional del Derecho privado<sup>30</sup>.

Estos autores señalan que, en un principio, la distinción entre los contratos administrativos y los privados fue de carácter meramente procesal careciendo de relevancia el plano material o sustantivo, de éste modo, cuándo un ente público celebraba un “*acto – gestión*” (es decir, se despojaba de su imperio al celebrar un contrato, como por ejemplo, al celebrar un arrendamiento), aplicaba la jurisdicción privada pero, si por el contrario, actuaba en su papel de superioridad frente al particular, entonces se remitía la controversia respectiva a la jurisdicción administrativa, luego entonces, la única singularidad del contrato administrativo, radicaba en su régimen jurisdiccional más no en el fondo. Esta corriente adjetiva sufre una modificación en el siglo XX mediante la introducción del concepto de “servicio público” ideado por la llamada “*Escuela de Burdeos*” o de la “*Escuela del Servicio Público*”, cuyo principal precursor es Leon Duguit, que influye en las decisiones del Consejo de Estado francés que resuelve en el “*arrêt Terrier*” que todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, ya sea que actúe la Administración Pública por vía de contrato o por vía de autoridad, será considerado como una operación administrativa y, por tanto, su naturaleza es del dominio de la jurisdicción administrativa”, lo cual implica una mutación hacia un criterio sustancial o funcional; sin embargo, se mantenía la idea de que el contrato seguía siendo una institución jurídica general que cuenta siempre con las mismas características y efectos legales aunque su vinculación con la prestación de servicios públicos establezca una jurisdicción administrativa. Un avance teórico hacia la conceptualización sustancial de los contratos administrativos se debe a Gaston Jéze, también perteneciente a la “*Escuela de Burdeos*”, quien expuso que todo el Derecho Administrativo se explica como un Derecho especial basado en la prestación de servicios públicos por lo cual se compone de reglas exorbitantes al Derecho común que tienen su justificación en la necesidad del Estado de garantizar a sus gobernados la efectiva realización de dichos servicios públicos. Más adelante, Pequignot reforzará la tesis sustancialista del contrato administrativo al indicar que éste tiene dos elementos definitorios: i) afecta a terceros (a los ciudadanos legitimados para recibir el servicio público) de manera normal, a diferencia de los contratos civiles dónde sólo de manera excepcional se otorgan prerrogativas jurídicas a personas que no intervienen directamente en la celebración del convenio correspondiente a través del pacto de estipulaciones a su favor, y ii) en lo administrativo, el contrato no es una ley vinculante irrevocable para el Estado ya que éste puede imponer su transgresión de manera legítima en virtud de su poder exorbitante del “*ius variandi*”, cuando los intereses superiores de satisfacer un servicio público así lo justifiquen <sup>31</sup>. Toda esta carga teórico – conceptual conforma una herencia que hace complejo el

---

<sup>30</sup> Ob. cit. p. 689.

<sup>31</sup> Ibidem Pp. 691-692.

entendimiento del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos y redundan en la problemática expuesta en el presente trabajo.

En opinión de Serra Rojas, los contratos administrativos tienen sólo dos distinciones con los civiles, la primera es que una (o la totalidad) de las partes que lo celebran pertenecen a la Administración pública, y la otra es que la finalidad de los mismos es crear, modificar y/o extinguir una situación jurídica de interés general, es decir, que tenga que ver con los servicios públicos por lo que la relación creada es Derecho Público y contiene un régimen exorbitante del Estado<sup>32</sup>.

Si bien se estima que en la actualidad la doctrina, las legislaciones, la jurisprudencia y la práctica administrativa le han dado un reconocimiento tanto expreso como tácito a los contratos de concesión, la disputa genética respecto a su existencia y, consecuentemente, a su naturaleza jurídica, han dado pie a una serie de equívocos que, a la fecha, siguen ocasionando que los tribunales incurran en errores de apreciación e interpretación al momento de ejercer su jurisdicción respecto a disputas suscitadas con motivo de su ejecución, lo cual redundo en una falta de acceso a la justicia para los concesionarios que pretenden exigir sus derechos económicos por la prestación de los servicios efectuados.

Bercaitz<sup>33</sup> señaló de manera diáfana la problemática generada por la falta de una teoría unificadora del entendimiento de los contratos administrativos (particularmente los de concesión), al indicar que no debe ser admisible que la fantasía del legislador pueda constituir un criterio jurídico de determinación de normas positivas que asignen éste tipo de convenios a la jurisdicción administrativa de manera indiscriminada ya que esta puede estar influenciada por razones extra jurídicas como lo son las políticas, las económicas, las circunstanciales o la deficiencia técnica forzando el sometimiento de las controversias respectivas a dicha jurisdicción aun y cuando corresponda a la del derecho privado.

### 1.2.1 Naturaleza jurídica del contrato de concesión.

Resulta esencial para el objeto de estudio de la presente tesis la debida comprensión de la figura del contrato de concesión a fin de establecer sus alcances y atisbar soluciones a la problemática que representa para los concesionarios la falta de tutela judicial efectiva derivada de la imposibilidad o, en el mejor de los casos la dificultad, para obtener la restitución de sus derechos económicos frente a las concesionantes, por ello, es necesario revisar su naturaleza jurídica.

---

<sup>32</sup> Ob. cit. p. 637.

<sup>33</sup> Barcaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2ª ed. Depalma. Buenos Aires. 1980. pp. 191-192.



En el ensayo denominado “*Sobre el concepto de naturaleza jurídica*”, Lois Estévez indica que el término “*naturaleza jurídica*” persigue un ideal primordialmente científico, es la “*intelección genética*”, o sea, el entendimiento de eso que se nos presenta bajo una institución jurídica; esta comprensión se obtiene mostrando la forma en que una determinada institución es una implicación y consecuencia de valor jurídico primitiva<sup>34</sup>.

Este valor jurídico primitivo a que se refiere el precitado autor implica que el escrutinio de una determinada figura o institución jurídica debe efectuarse de manera tan profunda que se ubiquen sus colindancias con otras instituciones limítrofes lo cual es particularmente necesario cuando encontramos que el contrato de concesión administrativa presenta proposiciones normativas incompletas que dejan zonas intermedias con valores ambiguos, por ello, se procederá a revisar en los siguientes numerales las diversas corrientes de pensamiento que pretenden dilucidar cuál es la real genética legal del contrato de concesión.

#### I.2.1.1 Conceptos e interpretaciones doctrinarias del contrato de concesión.

La doctrina del Derecho, a decir de Leibniz<sup>35</sup>, forman parte de las ciencias que dependen de definiciones y pruebas racionales y no de experiencias o pruebas sensibles ya que lo que se busca son cuestiones de validez y no necesariamente de hecho, es por ello que resulta indispensable fijar la conceptualización del contrato de concesión como punto de partida para fijar una base para definir.

Fernández Ruiz indica que los elementos de la definición son dos: lo que se va a definir que se denomina “*definiendum*” y el definidor o “*definiens*” que debe contener más de una palabra. Este autor cita a Jaime Mans Puigarnau quien “*define a la definición*” del siguiente modo: es la explicación clara y precisa de un concepto y, consecuentemente, es el correlato del concepto<sup>36</sup>.

Una vez asentado lo anterior, es preciso indicar que existe una problemática interpretativa de los contratos de concesión la cual se muestra en la multiplicidad de conceptos que de la figura aportan los tratadistas administrativos.

Béjar Rivera<sup>37</sup> afirma que no hay una unidad doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión ya que, mientras algunos autores lo catalogan como un acto administrativo unilateral, otros lo señalan como un acto mixto y, en otras ocasiones, se le reputa como contrato administrativo.

---

<sup>34</sup> Lois Estévez, José. *Sobre el concepto de "naturaleza jurídica"*. Anuario de Filosofía del Derecho. Ministerio de Justicia. Madrid. 1956. Pp. 159-182.

<sup>35</sup> Leibniz, Gottfried Wilhelm. *Tres ensayos: El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Filosóficas. México. 2009. P. 7.

<sup>36</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. P. 101.

<sup>37</sup> Ob. cit. p. 369.

Carelló, citado por Sarmiento García, indica que, respecto a la idea de la concesión, ha existido una gran confusión terminológica derivada de vicios legislativos debido a la cual se ha empleado indiscriminadamente éste término identificándolo con figuras administrativas distintas como lo son la autorización, el permiso y la licencia<sup>38</sup>. Esto debido a la falta de comprensión cabal de los alcances de la figura que ocupa a la presente tesis.

Esta variedad de visiones respecto a la figura de la concesión provoca equívocos al momento de elucidar su naturaleza jurídica lo cual incide en interpretaciones jurisdiccionales inadecuadas que suelen afectar a los concesionarios cuando persiguen la tutela judicial efectiva que les salvaguarde sus derechos económicos.

Esta problemática ha sido detectada por García de Enterría y Fernández quienes afirman que la influencia francesa al Derecho español (que repercute consecuentemente en nuestro sistema legal latinoamericano) ha provocado que, en lo que respecta a la teorización de la contratación administrativa, se haya circulado por “*rumbos singulares*” a diferencia de otros Derechos que han encuadrado de modo “*pacífico*” las contrataciones del Estado en las legislaciones comunes, es decir, del Derecho Privado (civil y mercantil)<sup>39</sup>. La solución aportada por la teoría y el Derecho francés le ha dado al campo de discusión de la naturaleza jurídica y tratamiento normativo de estos contratos una doble vía: por un lado los asigna a una jurisdicción ordinaria por otro, los envía al contencioso – administrativo cuando se trata de resolver una controversia derivada de ellos. Este galimatías ha cobrado peaje en el sistema mexicano al impedir un debido acceso a la justicia para los concesionarios cuando pretenden solicitar la reivindicación de lo que les corresponde por la prestación de los servicios públicos prestados y da pie al presente estudio.

A fin de mostrar lo anterior, se procede a revisar las opiniones de diversos autores que se han pronunciado respecto al concepto del contrato de concesión.

Es prudente señalar de manera previa los elementos personales del contrato de concesión administrativa para contar con una comprensión uniforme de los sujetos señalados en los conceptos que serán revisados a continuación:

- **Concesionante:** Es el ente gubernamental que otorga la concesión de servicios públicos. Debido a que el presente trabajo se circunscribe a las concesiones municipales, éste sujeto comprenderá a los funcionarios públicos que representan a las administraciones municipales. También podrán ser referidas las concesionantes como: la Administración Pública, el ente público concesionante, la entidad gubernamental u otra descripción análoga.

---

<sup>38</sup> Sarmiento García, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999. P. 72.

<sup>39</sup> Ob. cit. p. 689.

- **Concesionario:** Son las personas físicas o jurídicas dedicadas a la realización de actividades mercantiles que, debido a la adjudicación de un contrato de concesión, sustituyen a la concesionante en la prestación de los servicios públicos municipales. En general, en el sistema legal mexicano no se precisan las características o tipos de personas que pueden constituirse como concesionarias; sin embargo, debe deducirse que, dado que los concesionarios deben emitir facturas al ente concesionante para documentar la prestación de sus servicios, debe tratarse ya sea de personas físicas bajo el régimen fiscal de actividad empresarial o bien, sociedades mercantiles cuyo objeto social sea compatible con la realización del servicio de que se trate.

Otto Mayer (citado por Martínez Morales) definía a la concesión como *“el acto administrativo de determinado contenido. Este contenido debe consistir en que por él sé de al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública”*<sup>40</sup>.

Serra Rojas señala que la palabra concesión viene del latín *“concesio”*, término derivado de *“concedere”*, es decir, conceder. Este autor distingue al contrato de concesión genérico con el contrato de concesión administrativa dado que al primero lo conceptúa como el acto administrativo mediante el cual la Administración Pública otorga a una persona una condición o poder legal para ejercitar determinadas prerrogativas públicas y al segundo lo define como un acto administrativo complejo ya que comprende una parte contractual y otra reglamentaria, en cuya virtud funciona un determinado servicio público que es confiado de manera temporal a una persona física o moral privada quien asume las responsabilidades concernientes al mismo y al cual se le remunera con los ingresos que capta de los usuarios del servicio concedido. Es interesante la opinión de éste autor en el sentido de que la concesión es una *“técnica”*<sup>41</sup>, desafortunadamente no abunda en la razón de asignar tal vocablo al contrato que ocupa al presente trabajo.

El precitado autor refiere a Henri Capitant, autor francés, quien indicaba que la concesión es un término genérico que alude a variados actos a través de los cuales la Administración Pública concede a personas privadas determinadas canonjías o ventajas especiales respecto al dominio del Estado o del público, mediante la constricción a determinadas cargas y/u obligaciones las cuales, en la mayoría de los casos, conllevan de manera implícita el ejercicio de determinadas prerrogativas administrativas<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Martínez Morales, Rafael. I. Derecho administrativo 1er curso. Oxford University Press. México. 2007. p. 278.

<sup>41</sup> Ob. cit. p. 386.

<sup>42</sup> Ob. cit. p. 385.

En el diccionario jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se define a la concesión administrativa como “*el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público*”<sup>43</sup>. Cabe señalar que en esta obra colectiva se afirma que en la legislación mexicana se presentan grandes imprecisiones respecto al término concesión ya que, en ocasiones, dicho concepto se confunde con el de “permiso” o “autorización”, respecto a lo cual se coincide en la presente tesis; sin embargo, se dejarán estas consideraciones para un capítulo posterior.

En concordancia con la definición anterior, Fraga, en apego al contenido operativo que señala la constitución federal, define a la concesión administrativa como el acto por el cual se permite a un particular el manejo y explotación de un servicio público o bien, la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio público, es decir, propios del Estado<sup>44</sup>.

Una observación con la que se coincide parcialmente es la de los autores Delgadillo y Lucero quienes señalan que, en México, se han asignado diversas denominaciones para un mismo fenómeno, lo cual ha provocado que las autoridades den un tratamiento diverso a comportamientos jurídicos que tienen naturaleza distinta, buscando con ello disfrazar(sic) el verdadero acto que están emitiendo<sup>45</sup>; en la opinión de quien esto escribe es verdad que la multivocidad del término en nuestra legislación provoca no solo equívocos sino acomodos convenientes para los entes que los emiten, pero se considera que no se trata de la determinación de un mismo término a fenómenos diversos sino al contrario, se asigna la misma denominación a fenómenos diversos, tales como a la delegación de la prestación de servicios públicos, a la asignación de un contrato de obra o a la autorización para aprovechar y/o explotar un bien del dominio público.

El francés André de Laubadere, en su *Traité de droit administratif*, conceptualizaba a las concesiones como los procedimientos que otorgan al Estado la posibilidad de conferir determinados derechos a las personas de carácter privado (e inclusive a personas públicas, en determinadas ocasiones) en condiciones que implican acuerdos contractuales con la consecuente imposición de cargas obligacionales.

Para el tratadista argentino Miguel S. Marienhoff (citado por González Sandoval), el contrato administrativo (aplicable al contrato de concesión) es el acuerdo de voluntades productor de obligaciones entre un órgano del Estado, ejerciendo sus

---

<sup>43</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 12ª ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1998. p. 566.

<sup>44</sup> Ob. cit. p. 242.

<sup>45</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Lucero Espinosa, Manuel. 9ª ed. Editorial Porrúa. México. 2014. P. 386.

atribuciones administrativas, y un particular o administrado para la satisfacción de las necesidades públicas<sup>46</sup>.

Acorde al análisis realizado en la presente tesis sobre el contrato en cuestión, se propone la siguiente definición del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que servirá de base para el resto del estudio y clarificará su naturaleza bivalente: **Acuerdo de voluntades propuesto por un ente público, llamado “concesionante”, al cual se adhiere un particular (persona física o moral) denominado “concesionario”, mediante el cual éste asume la prestación de un servicio público a cambio de una contraprestación económica, lo que conforma un contrato bivalente con contenido de interés público y cláusulas de Derecho privado que salvaguardan, respectivamente, la continua y eficiente realización de dichos servicios y los derechos económicos que le corresponden al concesionario.**

Una vez expuestas las anteriores referencias al concepto de la figura en estudio, se observa que del contrato se desprenden diversas tesis sobre la naturaleza jurídica del mismo, las cuales pueden ser clasificadas en tres tipos: el primer grupo es el que niega la existencia del contrato administrativo de concesión; el segundo reconoce su existencia y el tercero estima que se trata de un contrato mixto. En los siguientes numerales se analiza cada una de estas clasificaciones.

#### 1.2.1.1.1 Tesis que niegan la existencia del contrato administrativo de concesión. “Teorías Antiguas”.

Esta corriente de opinión predominó en las primeras etapas de aplicación de los contratos administrativos; Ramírez García denomina a esta posición como la “*teoría antigua*” de los contratos de administración<sup>47</sup>.

Como se mencionó en el apartado de antecedentes históricos, los contratos celebrados por la Administración Pública para el manejo de servicios públicos, aparecieron a principios del siglo diecinueve. En dicha época, predominaba la idea de que cualquier tipo de contrato tenía naturaleza civil ya que se negaba que existiesen notas distintivas de los contratos celebrados por el Estado, consecuentemente, estos debían ser tratados conforme a la normativa de Derecho Privado.

Dentro de esta forma de pensamiento se inscribe el subgénero abanderado por la escuela realista presidida por Leon Duguít<sup>48</sup> (citado por Serra Rojas) quien

---

<sup>46</sup> González Sandoval, Rodrigo. *La Licitación Pública y el Contrato Administrativo*. Aplicación y Medios de Defensa. 1ª ed. Porrúa. México. 2008. p. 89.

<sup>47</sup> Hamdan Amad, Fauzi, González Salas, José Fernando Franco (Coordinadores del Volumen). *Derecho Administrativo. Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*. (Capítulo denominado “Contratos Administrativos” por José Raúl Ramírez García). 1ª ed. Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica. México. 2014. P. 250-251.

afirmaba que todos los contratos, inclusive los celebrados por la Administración público, deben estar sometidos a la legislación común.

A decir de García de Enterría y Fernández, durante el siglo diecinueve, la doctrina y la jurisprudencia francesa y española distinguían de manera marginal al contrato administrativo del de naturaleza privada al considerar que la única singularidad que aquellos presentaban consistía en su régimen jurisdiccional lo cual no alteraba su naturaleza ni su regulación de fondo; se consideraba que esta distinción era irrelevante en lo sustantivo. Se insiste en dos formas de conceptualizar éste actuar de la Administración Pública: en la primera el Estado actúa ejerciendo su “*imperium*”, lo cual implica que se trata de actos unilaterales ejercidos por dicho ente; en la segunda, se considera que la Administración prescinde de su investidura de supra ordenación para celebrar con los particulares acuerdos que le son necesarios para el adecuado manejo de los servicios públicos, en cuyo caso tampoco se presenta la figura “*sui generis*” del contrato administrativo, sino que se trata de la realización de una contratación de derecho privado<sup>49</sup>.

La doctrina jurídica alemana decimonónica se opuso a la idea de la existencia de los contratos administrativos por tres razones principales: i) No se presenta una igualdad entre las partes cuando el Estado actúa en posición de supremacía por lo que no se da la figura contractual y, cuando actúa en igualdad respecto a su contraparte, entonces se trata de un contrato civil; ii) No se presenta la autonomía de voluntad de las partes ya que, la de la Administración Pública se encuentra regulada y restringida por dispositivos legales y la del particular se limita a aceptar o rechazar las condiciones que le impone el Estado; iii) Los objetos de los contratos administrativos se encuentran fuera del comercio. La solución dada por los tratadistas germanos para esta negativa fue la creación de una categoría de actos administrativos denominados “*necesitados de coadyuvante*”<sup>50</sup>.

El connotado tratadista alemán Otto Mayer (citado por Fernández Ruiz)<sup>51</sup> se suscribió a esta corriente al señalar que no existe tal cosa como los contratos administrativos ya que, cuando el Estado actúa en ejercicio del cumplimiento de sus deberes lo que lleva a cabo son actos administrativos unilaterales o, en todo caso, yuxtapone dos actos unilaterales.

Podría decirse que, aunque si bien la negativa original al reconocimiento de la existencia de los contratos administrativos ha quedado superada debido a que la normativa legal, la práctica y la doctrina han reconocido su existencia, la tendencia a negarles su singularidad ha mutado hacia las ideas de que su contenido implica una relación de supra (posición de la Administración Pública) a subordinación

---

<sup>48</sup> Ob. cit. p. 639.

<sup>49</sup> Ob. cit. P. 686.

<sup>50</sup> Garrido Falla, Fernando, Palomar Olmeda, Alberto, Losada González, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte general: Conclusión*. 13ª ed. Tecnos. 2006. P. 139.

<sup>51</sup> Ob. cit. p. 59.

(posición del empresario – concesionario); esto es así, dado que, al presentarse esta condición, no puede haber propiamente un contrato ya que se presenta la imposición de condiciones del ente gubernamental que quebrantan el equilibrio del consenso de voluntades, requisito indispensable en cualquier tipo de contratación.

Un ejemplo de lo anterior se observa en la posición de Fleiner (citado por Ruiz García)<sup>52</sup> quien estima que se presenta una desigualdad entre las partes que celebran contratos administrativos ya que la posición de la Administración Pública es de autoridad, lo que le otorga una superioridad frente a la persona de naturaleza privada con la cual celebra el acto jurídico que desvirtúa la existencia de un contrato como tal. Esto es así porque, para que exista un contrato, las partes deben estar situadas en un plano de igualdad y puedan, así, ejercer libremente su voluntad para conseguir los resultados en Derecho que cada uno de ellos persiga.

Otra idea en dicho sentido es la de Giacometti (citado por García de Enterría y Fernández) quien indicaba que hay una “*contradictio in adjecto*” en el término “*contrato administrativo*” ya que, como lo decía Otto Mayer, la figura del contrato sólo puede crecer sobre el “*suelo de la igualdad*” lo cual no acontece en los convenios dónde participa el Estado ya que éste siempre tendrá un mando unilateral reflejado, en el caso que nos ocupa, por las cláusulas exorbitantes<sup>53</sup>.

Una textura adicional en esta corriente negativa del contrato administrativo es la que considera que estos no se distinguen de los contratos de derecho privado, Cino Vitta (citado por Fernández Ruiz) es que la administración si puede contratar con particulares a pesar de la desigualdad entre las partes; sin embargo, la regulación de dichos pactos tendría que sujetarse al derecho común<sup>54</sup>. Esta posición es atinada pero insuficiente ya que, como se afirmará más adelante, en el caso de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos es dable que la solución de las controversias surgidas en su seno sean resueltas por el derecho privado; sin embargo, debe reconocerse que dichos actos jurídicos tienen una parte de Derecho público que necesariamente debe ser resuelta en la jurisdicción administrativa.

Una nota más que puede relacionarse con esta postura es la expuesta por el tratadista argentino Héctor Mairal quien afirma que, el tomar como base la presencia de cláusulas exorbitantes para la construcción de una teoría del contrato administrativo es peligroso dado que se parte de una denominación imprecisa ya que sus límites no se han podido precisar en ningún derecho por lo que pretender sujetar a los contratos que encuadrarían en dicha definición representaría un

---

<sup>52</sup> Ruiz García, Laura. *Contratos Administrativos*. Flores Editor y Distribuidor. México. 2010. P. 255

<sup>53</sup> Ob. cit. p. 686.

<sup>54</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. p. 62.

riesgo en la contratación estatal al causar incertidumbre en los derechos y obligaciones que las partes tendrían<sup>55</sup>.

#### 1.2.1.1.1 La concesión como acto administrativo.

La tendencia a negar la naturaleza contractual de la concesión administrativa no es exclusiva de épocas remotas ya que, en la actualidad, existe una corriente de pensamiento que aduce que dicha figura no conforma un contrato sino que se configura como un acto administrativo.

Para un mejor entendimiento de esta posición damos un breve repaso a los elementos del acto administrativo acorde a Fraga<sup>56</sup>: a) el sujeto, es decir, el órgano de la Administración Pública que emite el acto; b) la voluntad, que en esta materia se identifica con la competencia del órgano emisor; c) el motivo, es decir, el antecedente o situación legal o de hecho que provoca el acto; d) la finalidad, que debe considerar el interés general, ser acorde a lo permitido expresamente por la ley y que sea perseguido únicamente por medio de los actos que la ley establezca; e) la forma, la cual será dictada expresamente por la ley y que regularmente se revista de una determinada solemnidad implícita.

El administrativista mexicano Agustín Gordillo adscrito a éste criterio cuestiona la posibilidad de que la Administración Pública pueda asumir un rol privado o público en los diversos contratos que celebra ya que estima que no puede equipararse al Estado con un particular en sus relaciones jurídicas. Esta afirmación la funda en el hecho de que la personalidad del Estado es única y, por ende, siempre debe comparecer con su carácter de persona de derecho público, luego entonces, sus actos jurídicos deberán estar regidos invariablemente por el derecho administrativo (en cuanto a su competencia, forma y voluntad). La única indulgencia que éste doctrinario concede a la posibilidad de un contacto con el derecho privado, es cuando excepcionalmente celebra contratos que, debido a su objeto, caen en el espectro del derecho civil; sin embargo, insiste en que, a pesar de esta nota privada, se surte la predominancia del derecho público por lo que siempre tendrán que ser catalogados como actos administrativos; a fin de reforzar esta idea, señala que, respecto a los “supuestos” contratos civiles que celebra la Administración Pública, es inconcuso que, lo referente a la personalidad de las personas u órganos que representan a los entes gubernamentales, el

---

<sup>55</sup> Pérez Hualde, Alejandro. Capítulo denominado “*Contratos Administrativos: versión crítica*”, contenido en la obra colectiva “*Contratos Administrativos*” coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2006. P. 444.

<sup>56</sup> Ob. cit. pp. 267-271.



procedimiento de celebración de los actos jurídicos en cuestión y sus formas de concertación se rigen por el derecho público<sup>57</sup>.

Al ser revisada la naturaleza jurídica del contrato de concesión en el Diccionario Jurídico Mexicano, se concluye que los dispositivos de la legislación administrativa instituyen como decisión exclusiva del poder público, los términos del contrato en cuestión, es decir, que el concesionario debe subordinarse a las reglas establecidas por la administración pública dado que así lo exige la ley lo que hace concluir que, dado que el concesionario no tiene la facultad de manifestar propiamente su voluntad, no se da un concierto de voluntades y, por ende, no se puede hablar de un contrato propiamente dicho<sup>58</sup>.

En el mismo sentido, Serra hace alusión a las opiniones doctrinarias que señalan que las concesiones no son sino actos jurídicos unilaterales emitidos por el Estado que se someten, debido a un mandato del poder público, a una situación legal y reglamentaria predeterminada, por ello, no se presenta la voluntad del concesionario en dicho acto en el cual se limita a aceptar las condiciones preestablecidas<sup>59</sup>.

Una opinión interesante del autor citado previamente es la que expresa que el contrato administrativo no es sino un “*acto administrativo bilateral*”<sup>60</sup> regido por el interés público, lo cual parece disonante dado que dicha expresión hace pensar en que el acto administrativo puede fluir en dos vertientes, de la administración hacia el particular y en dirección contraria, lo cual sería inaceptable ya que, como se sabe, la potestad del acto administrativo le corresponde de manera exclusiva al Estado.

Otra línea de pensamiento suscrita a la corriente de negación de la naturaleza contractual del contrato de concesión se apega a la idea de que éste no es sino un acto unilateral típico del poder público quien ejerce su potestad soberana a través de su contenido. Esto se refleja también en la imposibilidad que tiene el concesionario de emitir su voluntad ya que se limita a aceptar las condiciones preestablecidas por la concesionante. Se abundará sobre esta posición en el apartado relativo a la supra – subordinación del acto jurídico en estudio. A decir de Calafell, esta corriente cobra fuerza en los sistemas políticos estatizantes; sin embargo, en las economías liberales, el hecho de que el concesionario suscriba un contrato preestablecido no implica una falta de consentimiento por parte del

---

<sup>57</sup> Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomo 8. Teoría General del Derecho Administrativo*. 1ª ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2013. P. 217.

<sup>58</sup> Ob. cit. p. 567.

<sup>59</sup> Ob. cit. p. 397.

<sup>60</sup> Ob. cit. p. 638.

concesionario sino una adhesión a las condiciones contractuales que le son convenientes de un modo u otro<sup>61</sup>.

En concordancia con la posición previamente establecida, Béjar Rivera se suscribe a la corriente que opina que la concesión es un acto administrativo y no un contrato, esto es así dado que: a) la concesión de una actividad general (por comprender la prestación de servicios públicos), b) la Administración Pública tiene una alta discrecionalidad para concesionar o abstenerse de hacerlo, y c) es el ente público concesionante quien impone “*ab initio*”, una serie de condiciones bajo las cuales el administrado (concesionario) no puede opinar<sup>62</sup>.

Uno de los enfoques abordados por García de Enterría y Fernández indica que el calificativo de “contrato” (entendido como el acuerdo de dos o más voluntades para la creación de un vínculo jurídico) para los acuerdos que celebra la Administración Pública con terceros, es meramente formal ya que solo contiene una delgada capa de teoría general que resulta meramente descriptiva siendo que realmente se trata de actos sucesivos unilaterales del Estado para el cumplimiento de sus propósitos de satisfacer necesidades públicas<sup>63</sup>, es decir, que bajo esta perspectiva, se niega la creación de un contrato administrativo de concesión en el sentido tradicional; sin embargo, analizaremos la opinión de estos doctrinarios en el siguiente punto donde abonan a la existencia de un régimen contractual administrativo.

Acosta Romero se suma a la creencia de que los contratos de concesión no son tales sino actos administrativos, la variante que aporta consiste en las ideas de que se trata de un acto discrecional en lo que se refiere al procedimiento de adjudicación y un acto-condición en cuanto a la formalización del título de concesión; se estima que esta confusión nace de que el vocablo concesión en la legislación mexicana, refiere también a concesiones sobre el uso y explotación de bienes de derecho público<sup>64</sup>.

La llamada “*tesis antigua*” o doctrina de la negación de la existencia de los contratos administrativos, se ha visto superada por las necesidades impuestas por la realidad actual con la consecuente tipificación de los contratos administrativos en las legislaciones correspondientes (aunque aún subsisten opiniones contrarias

---

<sup>61</sup> Calafell, Jorge E. *Teoría General de la Concesión*. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1996. Pp. 217.

<sup>62</sup> Béjar Rivera, Luis José. *Evolución de la concesión administrativa en México*. Segmento de la obra “*El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*” coordinada por Sergio García Ramírez. Tomo III *Derecho Administrativo* coordinado por Jorge Fernández Ruiz. Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa. México. 2010. P. 377.

<sup>63</sup> Ob. cit. pp. 678-679.

<sup>64</sup> Ob. cit. p. 920.

matizadas como se vio en el punto anterior). Ramírez<sup>65</sup> estima que las objeciones vertidas por los tratadistas suscritos a dicha tesis (ver 1.2.1.1.1 ) son totalmente superables; esto es por lo siguiente:

- No se surte una desigualdad contractual determinante, ya que aunque si bien, una de las partes (el Estado) tiene un status legal superior, usualmente las leyes intervienen para nivelar las asimetrías cuando la voluntad de la parte menos favorecida (el particular) es sustituida por la imposición del contenido contractual.
- El particular se constituye como colaborador respecto al objeto del contrato ya que éste representa una finalidad de interés público para el Estado, por ello, el argumento de desigualdad no es obstáculo para la celebración de contratos administrativos.
- Si bien la autonomía de la voluntad del particular se encuentra condicionada a la aceptación del contenido que le impone el Estado, ésta “imposición” es conocida de manera previa por el concesionario desde la publicación de las bases para la licitación en las cuales el contrato era un anexo público y, además, participó de manera voluntaria en el concurso respectivo ofreciendo la propuesta económica que resultó la adjudicataria del contrato. En consecuencia, se surte una adhesión del concesionario a los términos del contrato lo cual implica, a final de cuentas, una manifestación expresa de consentimiento<sup>66</sup>.
- Conforme a la tesis que se sostiene en el presente trabajo, los contratos de concesión administrativa tienen una bivalencia, lo cual ataja el argumento de que el objeto de estos contratos se encuentra fuera del comercio; esto es así ya que si bien, la finalidad de la parte pública del contrato es la satisfacción de un servicio público, la parte privada consiste en una prestación de servicios, lo cual implica la posibilidad jurídica del objeto del acto jurídico en referencia.

No se comparte esta primera posición dado que, si bien el contrato de concesión puede contener imposiciones de interés público para el concesionario, esto no implica una falta de concertación con éste dado que, al aceptar las condiciones originalmente asentadas para la prestación del servicio público mediante la adhesión al acto jurídico, se constituye un real acuerdo de voluntades que conforman un contrato.

---

<sup>65</sup> Ramírez García, José Raúl. *Contratos Administrativos*. Ensayo contenido en *Obra Jurídica Enciclopédica. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. Coordinada por Hamdan Amad, Fauzi, González Salas, José Fernando Franco. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp. 251-253.

<sup>66</sup> Ob. cit. pp. 251-253.

#### 1.2.1.1.2 Tesis que afirman la existencia del contrato administrativo en general y del de concesión en particular. “Teorías Clásicas”.

La conceptualización de los contratos de concesión como especie de los contratos administrativos se origina prácticamente desde la concepción misma del Derecho Público acontecida en la primera mitad del siglo diecinueve cuando las teorías predominantes del absolutismo y el feudalismo son abandonadas por el marco teórico de la Administración Pública; esto es así ya que, al estimarse que el Estado es una persona jurídica, en consecuencia puede celebrar los más diversos actos jurídicos entre los cuales se encuentran los acuerdos de voluntades, según opinan García de Enterría y Fernández. Estos autores afirman la existencia de tres tipos de convenios que pueden ser celebrados entre la Administración Pública y los administrados: 1) los contratos administrativos “*strictu sensu*”, donde el Estado actúa con superioridad respecto al particular imponiendo su imperio; 2) los contratos de Derecho Privado, donde el Estado se nivela con el particular y 3) los tipificados en las leyes españolas como “*convenios de colaboración*”, figura importada de los “*contratos – programa*” franceses y que en México están representados por los contratos de Asociación Público – Privada o APP’s donde un ente gubernamental y un particular colaboran en una especie de “*joint venture*” aportando cada uno bienes de su propiedad y compartiendo beneficios<sup>67</sup>.

En la evolución de la teoría contractualista se ubica una posición denominada “*la doble personalidad del Estado*” acorde a la cual se considera que el Estado puede asumir, además de su investidura de sujeto de Derecho público, la de un sujeto de Derecho privado y, consecuentemente, celebrar actos jurídicos propios del derecho común<sup>68</sup>. Esta postura fue duramente criticada en su momento y, posteriormente superada ya que, si bien el Estado puede celebrar contratos con particulares en los cuales se ubica en una posición de coordinación (como en arrendamientos o compraventas), éste no pierde nunca su carácter de persona pública con todos los atributos que ello implica.

Serra Rojas menciona que la teoría tradicional en la interpretación de la naturaleza jurídica de la concesión es la denominada “*contractualista*” la cual explica que esta figura es la que resulta de un contrato pactado entre la Administración Pública y el concesionario (persona física o moral), mediante lo cual éste se encarga de la prestación de un servicio contra el pago de una prestación económica<sup>69</sup>.

Ramírez García acuña el término “*teoría clásica*” para esta posición doctrinaria en la cual se reconoce la existencia de los contratos administrativos. Señala éste académico que la consecuencia de dicho reconocimiento implica una distinción con los contratos civiles la cual, puede notarse, atendiendo a lo siguiente:

---

<sup>67</sup> Ob. cit. pp. 680-681.

<sup>68</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. Pp. 64-66.

<sup>69</sup> Ibidem. p. 398.

- Será administrativo el contrato que así sea designado por ley.
- Los contratos administrativos presentan “cláusulas exorbitantes” (respecto a las que se abundará en un posterior capítulo) inadmisibles en contratos civiles por representar beneficios desmedidos para una de las partes, en éste caso, para el Estado.
- La finalidad del contrato administrativo debe ser la satisfacción de una necesidad colectiva, prestar un servicio público o destinarse a una utilidad general<sup>70</sup>.

La posición de reconocimiento del contrato administrativo es multívoca ya que ha generado opiniones diversas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, las cuáles, siguiendo a Fernández Ruiz, podemos clasificar conforme a las siguientes posturas:

#### a) La teoría subjetiva

Acorde a esta teoría, un contrato será administrativo si interviene un sujeto de Derecho público siempre y cuando actúe como tal y se relacione, con tal carácter, con los particulares.

Fernández Ruiz señala que es criticable esta idea dado que la teoría de la doble personalidad del Estado ha sido superada, por ello, es necesario recurrir a la distinción entre los actos de autoridad y los de gestión a fin de ubicar si el contrato celebrado por la administración pública es de carácter administrativo o privado<sup>71</sup>.

Lucero Espinosa se une a la crítica anterior al indicar que esta posición no alcanza a distinguir a los contratos civiles de la administración de los estrictamente administrativos ya que en aquellos interviene también un ente público como parte; sin embargo, la finalidad del contrato es meramente civilista o mercantilista<sup>72</sup>.

#### b) La teoría jurisdiccional.

En esta postura lo que importa es la competencia a la cual serán sometidas las controversias del contrato de tal modo que, de resultar procedente la jurisdicción administrativa, el contrato deberá ser catalogado como administrativo.

Esta teoría ha sido criticada entre otros por el doctrinario español Recaredo Fernández de Velasco, ya que pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, lo accidental en esencial dado que el accidente jurisdiccional es incapaz de alterar la esencia que le corresponda al contrato.

---

<sup>70</sup> Ob. cit. p. 253.

<sup>71</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. P. 71.

<sup>72</sup> Lucero Espinosa., Manuel. *Los contratos administrativos*. Segmento incluido en la obra “*El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*” coordinada por Sergio García Ramírez, tomo “*Derecho Administrativo*” Tomo III, coordinado por Jorge Fernández Ruiz. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. P. 299.

Un argumento adicional a la crítica precitada consiste en el hecho de que, en los lugares donde no existan tribunales administrativos<sup>73</sup> (como sucede en el caso de los estados de Coahuila, Tamaulipas y Puebla) no podrían existir contratos administrativos celebrados por entes gubernamentales estatales o municipales.

El meollo de la presente tesis incide precisamente en la complejidad para asignar correctamente a los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos la jurisdicción adecuada debido a que estos cuentan con características ambivalentes que pueden ser hechas valer de manera indistinta atendiendo al origen del conflicto suscitado en un momento particular. La falta de una normativa positiva que determine los casos en los cuales la controversia nacida de un contrato de concesión deba ser resuelta ya sea por un tribunal administrativo o uno civil (o mercantil) muestra la vaguedad del criterio en análisis.

#### c) La teoría formal.

Un contrato tendrá carácter administrativo, acorde a esta teoría, si para su formación se observan determinadas formalidades, tales como la celebración de una licitación para su otorgamiento, la sujeción a condiciones preestablecidas, entre otras.

Se comparte la crítica que efectúa Fernández Ruiz<sup>74</sup> consistente en que la formalidad no puede tomarse como una nota distintiva de los contratos administrativos ya que la legislación que regula los contratos privados (civil o mercantil) puede exigir determinadas formalidades para darle validez a un determinado convenio, tal como el asentamiento en escritura pública para la venta de bienes inmuebles.

Una nota adicional de crítica a esta postura es la indicada por Lucero Espinosa quien señala que existen casos en los cuales los contratos administrativos no requieren de mayores formalidades que los de naturaleza privada tal como acontece en las adquisiciones gubernamentales por montos menores dónde las normativas de compras públicas conceden excepciones a los entes públicos para que omitan licitar las adquisiciones de bienes o servicios.

#### d) La teoría de la naturaleza del contrato.

Similar a la teoría teleológica que se revisa más adelante, esta postura indica que la connotación administrativa de un contrato deviene del aspecto sustancial del mismo, es decir de su naturaleza de servicio público, además debe ser suscrito por una persona pública.

Fernández Ruiz<sup>75</sup> opina que esta teoría no proporciona una fórmula eficaz para establecer la naturaleza administrativa del contrato ya que representa sólo una

---

<sup>73</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. ob. cit. P. 72.

<sup>74</sup> Ibidem Pp. 72-73.

<sup>75</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. Cit. Pp. 74-75.

variación a la teoría de la cláusula exorbitante cuyas objeciones son reproducidas en el apartado correspondiente.

#### e) La teoría voluntarista.

Esta opinión fue sustentada, en su momento, por el Consejo de Estado francés y derivó en la idea de que un contrato puede tener carácter administrativo si las partes así lo pactan.

Se coincide con Fernández Ruiz<sup>76</sup> respecto a la improcedencia de esta postura dado que la renuncia a la competencia no es dable en lo que respecta a la materia del acto jurídico correspondiente.

Efectivamente, el considerar que las partes de manera libre pudiesen fijar de manera caprichosa o arbitraria la jurisdicción administrativa cuando el contrato sea de naturaleza civil, laboral, mercantil o de cualquier otra materia es inadmisibile.

#### f) La teoría de la cláusula exorbitante.

Los seguidores de esta corriente, entre ellos Escola<sup>77</sup>, indican que sólo los contratos que contengan cláusulas que excedan a lo permitido en el derecho común, es decir, las exorbitantes, podrán ser considerados como administrativos.

Es criticable esta posición dado que, si bien, la cláusula exorbitante es propia de los contratos administrativos ya que la administración tiene el derecho y la facultad de reservarse determinadas condiciones para garantizar la prestación continua, suficiente y uniforme de los servicios públicos, debe observarse que, aunque puedan ser anulable, es factible encontrar cláusulas exorbitantes en los contratos de derecho privado derivado de un aprovechamiento inequitativo que una de las partes toma respecto a otra, lo cual no provocaría una derivación al derecho administrativo.

#### g) La teoría teleológica.

Acorde a esta postura, la naturaleza administrativa de un contrato se la da su “telos”, es decir, su finalidad<sup>78</sup>, por lo tanto, un contrato será administrativo cuando tenga fines distintos a los del derecho privado, es decir, cuándo pretenda cubrir un servicio público, satisfacer la utilidad pública o el interés público.

Esta corriente de pensamiento tiene tres modalidades, a saber:

---

<sup>76</sup> Ibidem. Pp. 75-76.

<sup>77</sup> Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma. Buenos Aires. 1989. P. 103.

<sup>78</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. P. 77.

### g1) La modalidad de los servicios públicos.

El concepto de servicio público, acuñado originalmente por Julián Laferrière<sup>79</sup>, como propio de las funciones del Estado vino a establecer un punto de partida no sólo para la configuración de los contratos administrativos sino para toda la ciencia del derecho administrativo.

La idea del servicio público es difusa y será expuesta en un posterior capítulo; sin embargo, para efecto del presente apartado, se interpretará en su acepción de la actividad correspondiente al Estado mediante la cual proporciona a la colectividad los servicios necesarios la satisfacción de las necesidades de interés público.

Acorde a esta modalidad, se estará ante la presencia de un contrato administrativo si éste tiene por objeto la realización de cualquier actividad de carácter general que implique un servicio público.

La crítica señalada por Fernández Ruiz a esta modalidad consiste en que sería posible encontrar un contrato administrativo celebrado por dos particulares, siempre y cuando la finalidad del acto jurídico sea la prestación de un servicio público<sup>80</sup>, lo cual es inadmisibles dado que necesariamente debería intervenir un ente gubernamental para que el contrato correspondiente pueda tener una calidad administrativa.

Una nota de crítica con otra visión es la aportada por Lucero Espinosa quien señala que es incorrecto limitar los servicios públicos “*per se*” como finalidad de los contratos administrativos ya que otros contratos, como los de obras públicas o los de suministro no implican específicamente un servicio público sino la construcción de un determinada obra o la proveeduría de ciertos bienes muebles<sup>81</sup>.

### g2) La modalidad de la utilidad pública.

Esta textura de la teoría teleológica implica que un contrato será administrativo cuando persiga una finalidad de utilidad pública.

Es también criticable esta posición debido a lo difuso del concepto “*utilidad pública*” además de que podría excluir la participación de una entidad pública al ser celebrado únicamente entre particulares.

---

<sup>79</sup> Se considera a la obra de Laferrière “*Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*” publicada en 1886 como la génesis de la ciencia administrativa al darle metodología y sistematización a una rama del derecho que estaba compuesta de soluciones incoherentes y prácticas empíricas. Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. P. 67.

<sup>80</sup> Ibidem. P. 77-78.

<sup>81</sup> Ob. cit. p. 301.



### g3) La modalidad del interés público.

A decir de Escola, la finalidad de interés público es determinante para perfilar a los contratos administrativos<sup>82</sup>.

Este autor indica que, si bien el concepto de interés público es materia de diversas acepciones doctrinarias, no deja de ser el que mejor abarca la distinción entre los contratos administrativos y los civiles, esto es así ya que la idea de “*interés público*” cubre, según el doctrinario argentino, la idea de una mayoría de intereses “*individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos, reconocen, también un interés propio y directo*”<sup>83</sup>.

Es asimilable a esta modalidad la crítica señalada en el inciso anterior dado que es también poco preciso el concepto de interés público además de la posibilidad de encontrar contratos que, aunque tengan un fin de interés público, sean celebrados exclusivamente entre personas de carácter privado.

### h) La teoría legalista.

Esta es una posición pragmática consistente en la determinación de carácter administrativo de un contrato derivado de su tipificación como tal en la ley. Fernández Ruiz señala que la derogada Ley de Obras Públicas de 1980 señalaba que los contratos señalados en dicha norma se considerarían de Derecho Público.

No se comparte esta teoría dado que, como se demuestra en la presente tesis, las posiciones que los legisladores y jurisconsultos tienen respecto a los contratos administrativos en general y del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos en particular es, por decir lo menos, difusa y equívoca debido a la ausencia de una teoría unificadora de su naturaleza jurídica, lo cual puede provocar criterios legislativos erróneos que redunden en una incorrecta determinación de la figura en el derecho positivo.

### i) La teoría de la desigualdad de las partes.

Burgoa apuntaló esta teoría por medio de su análisis distintivo entre las relaciones jurídicas de “coordinación” y las de “supra a subordinación”<sup>84</sup>, conforme a lo cual, se establece que las primeras se celebran entre sujetos que se encuentran en un mismo plano jurídico y, por lo tanto, su regulación corresponde al derecho común; en cambio las segundas son sostenidas entre personas de distintos planos jurídicos en donde una de ellas tiene una posición de control o mando respecto a

---

<sup>82</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Pp. Ob. Cit. 78-79.

<sup>83</sup> Escola, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo. Volumen II*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1990. P. 643.

<sup>84</sup> Burgoa, Ignacio. *Las garantías individuales*. 6ª ed. Porrúa. México. 1970. Pp. 156-157.

la otra, lo cual es propio del actuar de la administración pública, por lo que, en dicho caso, se tratará de un acto de autoridad sujeta al derecho administrativo.

Efectivamente, cuando el marco legal se sitúa en el reconocimiento de la Administración Pública como persona moral actuando en el ejercicio de sus funciones, se configura una categoría especial de contratos regida por principios que difieren de la del Derecho Privado o civilista; esto es así, a decir de Fernández Ruiz, dado que, aunque si bien se contempla la posibilidad de poner en un plano contractual horizontal al Estado frente a sus co contratantes, no se deja de evidenciar la desigualdad existente entre ellos ya que aquél cuenta con prerrogativas que no le corresponden a las personas privadas<sup>85</sup>.

En suma, respecto a esta postura ideológica deben identificarse dos variables consistentes en:

- 1) las corrientes de pensamiento que consideran que estos contratos presentan una relación de supra (Estado) a subordinación (el particular concesionario), y
- 2) las posiciones que señalan que los contratos de concesión son de coordinación entre las partes.

Otro factor que abona a la complejidad del tratamiento del contrato de concesión lo es el hecho de que la Administración Pública puede celebrar tanto contratos que no tienen una incidencia en una cuestión de interés público sino circunscritos al Derecho Privado ya que son celebrados para satisfacer alguna necesidad propia de la dependencia respectiva, tales como un contrato de arrendamiento civil para ocupar oficinas administrativas.

Esta teoría se acerca al espíritu de la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se sostiene en la presente tesis ya que reconoce que el Estado puede celebrar contratos tanto en un nivel de coordinación como en un plano de superioridad, lo cual se encuentra entrelazado en estos actos jurídicos al contener disposiciones que regulan la relación administrativa (de supra a subordinación) y las que pactan relaciones sinalagmáticas (propias de una coordinación contractual).

#### j) La teoría mixta.

Por último, la posición mixta para determinar el carácter administrativo de los contratos aglutina o combina alguna de las posiciones previamente establecidas.

Nava Negrete indica que, para determinar si un contrato es administrativo en el sistema legal mexicano, es necesario que confluyan tres elementos: 1) Que la ley así lo determine (criterio legalista); 2) que las partes libremente puedan acudir al contrato (es difusa esta opinión ya que si bien debe haber voluntad para que un contrato pueda existir, resulta equivocada la postura voluntarista debido a que las

---

<sup>85</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. p. 59.

partes no pueden fijar de manera caprichosa la naturaleza administrativa de un contrato que no corresponda) y 3) que la naturaleza del contrato lo establezca (es difusa esta posición dado que no se precisa cuál es la esencia de lo administrativo para poder determinarlo).

Fernández Ruiz es también seguidor de la teoría mixta según se observa en los elementos que considera debe contener un contrato administrativo para ser catalogado como tal, a saber: i) Una de las partes debe ser un sujeto de derecho público actuando en el ejercicio de sus funciones; ii) Su celebración debe estar investida de determinadas formalidades; iii) Debe contener cláusulas exorbitantes; iv) debe tener como finalidad la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público, el logro de un interés público o la utilidad pública<sup>86</sup>.

Es destacable también la sistematización que del contrato administrativo efectúa el precitado administrativista mexicano al precisar los principios rectores que rigen a los contratos administrativos en general y al de concesión para la prestación de servicios públicos en particular, los cuáles se sintetizan del siguiente modo<sup>87</sup>:

- ✓ *Principio de legalidad*: acorde al cual la administración pública sólo puede hacer lo que expresamente le permita la ley; esto implica que su actuar siempre debe estar ligado a lo que el derecho vigente precise. La observación que se efectúa a esta implicación es que la sistematización del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos en nuestro país es imprecisa respecto a su regulación, lo cual genera equívocos cuándo se someten controversias jurisdiccionales a los órganos correspondientes.
- ✓ *Principio de continuidad*: implica que el co contratante de la administración pública no puede interrumpir la continuidad en la ejecución del negocio contractual siendo posible que, en caso de interrupción o suspensión, el Estado asuma la realización de la actividad de que se trate. Esta posición conforma la base de la parte de derecho público del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que justifica el establecimiento de pactos de supra a subordinación mediante los cuales el ente público concesionario puede imponer su imperio para obligar a su co contratante para que siga prestando el servicio público respectivo o bien, asumir de manera directa la realización de la actividad correspondiente.
- ✓ *Principio de mutabilidad*: se relaciona con el principio anterior y justifica también la parte de Derecho Público del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que implica que la entidad concesionante tiene la facultad de hacer ajustes unilaterales a las

---

<sup>86</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Ob. cit. P. 81.

<sup>87</sup> Ibidem. Pp. 87-89.

condiciones del contrato a fin de adaptar la prestación del concesionario a las necesidades de interés público de los servicios concesionados, por ejemplo, en caso de que el incremento de la población de un determinado municipio haga necesario que un prestador del servicio de limpia amplíe las rutas de recolección, éste deberá acatar dicha variación aunque esto no se encuentre pactado en el contrato original. Esta postura es propia del derecho administrativo ya que implica el “*ius variandi*” de la administración pública lo cual sería inadmisibile en el derecho común.

- ✓ *Principio del equilibrio financiero*: en contrapartida con el principio de mutabilidad que permite a la administración variar de manera unilateral las condiciones del contrato administrativo, el equilibrio financiero expresa la contrapartida para el co contratante ya que le concede el derecho a efectuar los ajustes económicos necesarios para que la actividad que presta siga siendo no solo sustentable sino rentable. El equilibrio financiero se expresa a través de dos figuras, la del “hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión” que serán analizadas en ulterior capítulo.

Es importante señalar que, si bien son escasos, los criterios jurisprudenciales en los tribunales mexicanos se han decantado hacia el criterio del contrato de concesión como acto mixto, lo cual puede comprobarse en la revisión de la ejecutoria expedida por la extinta Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia, localizable en la página 484, Tomo CXXV, 5ª Época del Semanario Judicial de la Federación denominada “CONCESIONES. NATURALEZA DE LAS” así como en la tesis acuñada en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 297, del tomo XXII, agosto del año 2005, 9ª Época del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta intitulada “CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. LAS MODIFICACIONES A SUS CLÁUSULAS REGULATORIAS EN VIRTUD DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN RELATIVA, AL NO AFECTAR DERECHOS ADQUIRIDOS DEL CONCESIONARIO NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY”.

Como corolario al análisis de la llamada “teoría clásica” se indica que se comparte la posición de esta corriente pero con dos matices: el primero es que, si bien la calificación de los contratos en cita como “administrativos” está plenamente reconocida en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, su estudio germinal, es decir, su teoría general, debe remitirse invariablemente a los contratos civiles dado que los códigos civiles son los que sientan las bases los actos jurídicos de esta naturaleza; el segundo matiz consiste en que, si bien existen los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos, estos deben ser conceptualizados como actos jurídicos bivalentes donde conviven normas de Derecho Público y de Derecho Privado.

Si bien se estima correcto éste conjunto de teorías reconocedoras de la existencia de los contratos administrativos en general y de los contratos de concesión en particular, ya que es innegable la tipificación de los convenios celebrados por la Administración Pública, se considera que estas posiciones doctrinarias son incompletas ya que no reconocen la naturaleza bivalente de las concesiones para la prestación de servicios públicos y, además, son imprecisas dado que no establecen una delimitación entre los contratos con carácter meramente administrativo con los que son de carácter privado dónde intervienen entes públicos; por esta razón, esta tesis se adhiere a las teorías modernas que se exponen a continuación.

#### 1.2.1.1.3 Opiniones que consideran al contrato administrativo de concesión como un acto mixto. “Teorías Modernas”.

Otra vertiente en la teorización del contrato de concesión contempla una bifurcación a la idea del contrato administrativo “simple”, es decir, al que se categoriza como tal desde el punto de vista subjetivo ya que su actor principal es la Administración Pública y, por ende, se le conceden ciertas prerrogativas legales que se contraponen o superponen al interés particular de su contraparte cuando esta es una persona de carácter privado.

La bifurcación mencionada anteriormente se da cuando los tratadistas identifican que el contrato de concesión puede adoptar una mezcla de actos jurídicos con connotaciones diversas.

Adscrito a ésta corriente, Fraga señala que la concesión implica un acto mixto compuesto de tres elementos, a saber:

1) Un acto reglamentario. Se le considera como tal ya que lleva implícito un conjunto de normas conforme a las cuales debe sujetarse la organización y operación del servicio público que se concesiona. En esta normativa se incluyen disposiciones relativas a horarios, tarifas, modalidades para la prestación de los servicios concesionados y los derechos de los usuarios.

Una nota relevante al carácter reglamentario de la concesión consiste en que la concesionante (la Administración Pública) puede efectuar modificaciones a las condiciones contractuales en cualquier momento atendiendo a las necesidades que requiera la satisfacción del servicio público correspondiente, sin necesidad de contar con el consentimiento del particular al cual se le otorgó la concesión. De aquí parte la idea de las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos que serán analizadas más adelante.

2) Un acto condición. Fraga no define plenamente éste elemento ya que sólo indica que, a través de éste, se ponen condicionantes al concesionario para asumir las facultades de ley para expropiar, gozar de franquicias fiscales, ocupar

tierras nacionales, etc.; sin embargo, en lo que respecta a los servicios públicos, ninguna de las atribuciones anteriores son aplicables<sup>88</sup>.

Calafell indica que el acto condición actualiza, a favor o perjuicio del concesionario, los derechos y obligaciones que correspondan acorde a la normatividad aplicable con lo cual es factible que se le impongan cargas que debe cumplir en el desempeño de la concesión<sup>89</sup>.

3) Un contrato. Aquí conceptúa Fraga a la concesión como un acto jurídico bilateral creador de derechos y obligaciones para ambas partes a través del cual se pretende proteger los intereses legítimos de la persona privada que juega el papel de concesionario. Mediante esto, se le brinda una situación jurídica individual que no podrá ser modificada por un acto unilateral de la concesionante.

Si bien el autor en cita no va más allá de la identificación de las diversas facetas que pueden presentar los contratos de concesión se estima nodal para la presente tesis la idea de que un contrato de concesión puede asumir un doble carácter: el del acto jurídico que debe atender las necesidades del interés público y el del acto jurídico contractual que debe buscar un equilibrio entre las partes al brindarles derechos y obligaciones bilaterales.

En seguimiento a las aseveraciones de Fraga, Serra Rojas precisa que esta corriente de pensamiento que estima que la concesión es un acto mixto, proviene de la doctrina administrativista francesa. Los matices que éste autor da a esta teoría indican que los contratos en estudio presentan dos caracteres, el primero es el de una “situación reglamentaria” que resulta de la organización del servicio donde se instituyen todos los poderes y deberes relacionados a la organización y funcionamiento del servicio público y, el segundo, al que llama “contrato administrativo” es de naturaleza contractual y comprende la parte financiera orientada a garantizar la remuneración del concesionario por la prestación de los servicios que efectúa. Aclara el autor que la parte contractual se encuentra subordinada a la parte reglamentaria.

Serra señala un punto que se considera de particular importancia para esta tesis ya que reconoce el carácter complejo del acto de concesión lo cual pone al concesionario en una situación jurídica de especial desventaja ya que, al surtirse la mencionada parte reglamentaria, éste particular deja de encontrarse en un estado contractual puro ni contrae el carácter de funcionario público al asumir la prestación del servicio concesionado<sup>90</sup>.

Calafell indica que la concesión, como acto mixto, se descompone en dos elementos: la situación reglamentaria y el contrato administrativo y éste, a su vez, se descompone en dos fases, un acto unilateral de la concesionante (resultante de

---

<sup>88</sup> Ob. Cit. pp. 245-246.

<sup>89</sup> Ob. Cit. p. 218.

<sup>90</sup> Ob. cit. p. 397.

la organización del objeto de la concesión) y uno contractual (de eminente carácter financiero y, en la opinión de éste autor, subordinado a la otra parte). Alude este doctrinario la inconformidad de Olivera Toro con esta posición quien la califica de débil dada la imposibilidad de separar de manera determinante los dos aspectos señalados debido a que se encuentran íntimamente ligados de tal modo que, lo que pertenece a la organización y funcionamiento del servicio público concesionado puede estar incrustado en el elemento financiero y viceversa<sup>91</sup>. Se difiere de la opinión de Olivera ya que se considera que, para efectos jurisdiccionales, no sólo es posible sino deseable entender la doble naturaleza del contrato para que las controversias que surjan entre las partes, sean diáfananamente asimilables a lo contencioso administrativo o a los tribunales civiles.

Nava, en su libro *Derecho Administrativo Mexicano*, hace referencia a la “teoría de la doble personalidad del Estado” la cual infiere que el Estado puede actuar en su carácter de imperio público o bien como un simple particular, es decir, que puede someterse al derecho privado igualándose jurídicamente con su contraparte<sup>92</sup>; se considera relevante esta idea como punto de partida para la afirmación de que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos pueden contener rasgos tanto públicos como privados.

García de Enterría y Fernández reconocen que la teoría del “*acto mixto*” aún subsiste y tiene sentido su aplicación para el caso de la concesión de servicios públicos dado que esta ha sido superada en lo que respecta a los contratos administrativos “*strictu sensu*”.<sup>93</sup>

En su recuento de opiniones que se suman a la consideración de que la concesión es un contrato mixto, Béjar Rivera señala dos razonamientos utilizados por los administrativistas que defienden esta tesis, el primero indica que la mixtura se da cuando la concesión contiene tanto un acto administrativo como un contrato; la segunda vertiente afirma que el híbrido se compone de una parte de derecho público dado que la concesión tiene su origen en ésta rama, pero su forma y estructura proviene del derecho privado<sup>94</sup>. Se estima que estos razonamientos son poco profundos debido a que no alcanzan a dimensionar la complejidad de la bivalencia de la concesión, esto es así ya que, si bien comprende una parte de derecho público, esta no configura un mero acto administrativo ni tampoco se puede hablar de un contrato con estructura civilista.

Al conjunto de estas corrientes se les conoce como “*teorías modernas*”, “*teorías del acto mixto*” o “*liberal-individualistas*” y tienen como denominador común el contemplar una bifurcación a la idea del contrato administrativo “simple”, es decir, al que se categoriza como tal desde el punto de vista subjetivo, por ser su actor

---

<sup>91</sup> Ob. cit. pp. 218-219.

<sup>92</sup> Ob. cit. p. 43.

<sup>93</sup> Ob. cit. p. 686.

<sup>94</sup> Ob. cit. p. 379.

principal la Administración Pública y, por ende, se le conceden ciertas prerrogativas legales que se contraponen o superponen al interés particular de su contraparte cuando esta es una persona de carácter privado.

La tesis que aquí se sostiene se suscribe a esta corriente mixta pero se matiza con la idea de que el contrato en estudio tiene una naturaleza híbrida dado que presenta características tanto de Derecho administrativo como de Derecho privado que pueden ser delimitadas dentro de dicho acto jurídico y, por ende, permite fijar una jurisdicción clara para el caso de que sea necesario resolver una controversia derivada del mismo ya acudiendo a lo contencioso administrativo o a los tribunales civiles lo cual propugna la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos por lo que se convierte en una evolución de las teorías del acto mixto.

### 1.3 La dicotomía del contrato de concesión.

Corvalán considera que, cuando se percibe un instituto nocivo “*per se*” la falta de un criterio de tratamiento unificador genera la falta de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, por ello, es necesario plantear un posicionamiento cuando algo no funciona en la práctica a través de las siguientes tareas: 1) descubrir cuál es el fundamento por el cual es utilizado el instituto jurídico en cuestión y 2) establecer cuál es el ambiente propicio para su adecuado desarrollo<sup>95</sup>. En concordancia con esta idea y tomando como base las exposiciones hechas con anterioridad, se procede a efectuar una propuesta teórica para el adecuado tratamiento del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.

En la presente tesis se sostiene que los contratos de concesión presentan una dicotomía ya que contienen características tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, lo cual se procede a sustentar a continuación.

Galindo Camacho afirma que se presentan criterios encontrados respecto a si los contratos de concesión para la prestación del servicio público (interpretado en esta tesis como la prestación de servicios públicos municipales) pertenecen al ámbito del Derecho Privado o al del Derecho Público; a éste respecto, dicho autor hace alusión a la corriente de tratadistas que se suscriben a la ideología “*liberal-individualista*”, quienes estiman que el Derecho Administrativo y los actos administrativos están íntimamente ligados al Derecho Privado.

Un punto que se estima relevante de la opinión del autor en cita es la referencia a una corriente moderna de autores que estiman que un número importante de

---

<sup>95</sup> Corvalán, Juan Gustavo. *Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, número 135, septiembre – diciembre de 2012. P. 1115.



actos administrativos presentan rasgos tanto del Derecho Público como del Derecho Privado dado que los contratos de concesión cuentan con disposiciones relativas a tarifas; sin embargo, el autor en referencia sostiene esta posición como falsa debido a que, para el otorgamiento de estos contratos, debe comprobarse que el concesionario cuenta con la capacidad y los medios suficientes para poder llevar a cabo el servicio público respectivo, por lo que desdeña los ingresos económicos que el particular concesionario pueda o no obtener como resultado de su desempeño comercial ya que esto solo le incumbe al empresario - concesionario<sup>96</sup>.

Se considera que la posición previa es incorrecta ya que, si bien es cierto que una consideración esencial en el otorgamiento de los contratos de concesión es garantizar la prestación de los servicios públicos para que la ciudadanía no se vea afectada por la carencia de ellos, también es cierto que el empresario al cual se le asignó la concesión tiene un objetivo basado en los resultados económicos que le debe reportar la ejecución de los trabajos respectivos, esto es así ya que éste eligió participar con el gobierno como prestador de servicios con la finalidad de recuperar su inversión y obtener un lucro lícito; luego entonces, nos encontramos con dos posiciones que deben ser conciliadas en esta figura: por un lado, la debida prestación del servicio público que el Estado concede a un particular porque no tiene la capacidad para prestarlo de manera directa y, por lo tanto, le aplican elementos exorbitantes para garantizar la continuidad de la prestación del servicio público en cuestión y, por otro, existen elementos de Derecho Privado inherentes a las cláusulas sinalagmáticas pactadas por las partes.

Respecto a esta idea se exponen los contenidos de cada una de estas secciones en los siguientes puntos.

### 1.3.1 La parte de Derecho Público del contrato de concesión.

La naturaleza administrativa de la concesión salta a la vista desde el momento en que observamos que, los servicios o bienes cuyo manejo u operación se conceden por su conducto, son de dominio público.

Ahora bien, a través de la “*técnica de la concesión administrativa*”, como la llama Serra,<sup>97</sup> se observa que, dado el mandato que el Estado tiene de satisfacer las necesidades de interés general, como lo es el caso de los servicios públicos, éste cuenta con una doble opción: prestarlos de manera directa (a través de la creación de empresas paraestatales, de asociaciones público privadas o de cualquier otra figura organizativa que le permitan las leyes) o bien, dejar en manos

---

<sup>96</sup> Ob. cit. pp. 123-124.

<sup>97</sup> Ob. cit. p. 386.

de los particulares su realización, en cuyo caso se reserva el poder “*concesional*” y de control de continuidad de la prestación de dichos servicios.

La circunscripción del análisis de la presente tesis se limita a las concesiones de los servicios públicos (cuyo concepto, alcances e implicaciones serán revisados en ulterior capítulo), respecto a los cuales queda claro su interés general, esto es así, dado que la colectividad requiere que su prestación sea general, continua y adecuada, ya que su carencia afectaría de manera grave la armonía social.

Como resultado del interés público, se presenta un régimen privilegiado para las contrataciones en las cuales el estado delega la prestación de los servicios públicos lo cual se instrumenta a través de las llamadas “cláusulas exorbitantes”, las cuales, a reserva de abundar en un posterior capítulo sobre ellas, están representadas, a decir de Mondragón<sup>98</sup>, por determinadas prerrogativas a favor de los entes públicos, como lo son:

1) La Auto tutela. Esto implica que es el mismo ente público concesionante el que resuelve los conflictos surgidos con su contraparte en la concesión, ya que los actos que efectúa el Estado se presuponen válidos. Esta situación es observable tanto en las cláusulas de los contratos de concesión que determinan la existencia de un procedimiento convencional que debe resolverse al interior de la concesionante (es decir, que se convierte en juez y parte) y por la existencia de recursos administrativos que las leyes administrativas exigen se agoten ante tales conflictos.

2) La Auto tutela ejecutiva. Adicional a la prerrogativa descrita en el punto anterior, el contrato de concesión y/o la ley, le conceden al ente público concesionante la facultad de ejecutar decisiones respecto a la concesión, es decir, resolver el contrato, rescindirlo o terminarlo a fin de poder continuar la prestación del servicio por sus propios medios o a través de un concesionario distinto, esto con la justificante de que no puede interrumpirse la prestación de los servicios públicos, lo cual es entendible pero puede, sin embargo, provocar abusos respecto a los derechos de los concesionarios.

3) Inembargabilidad de bienes públicos. Esta condición implica que, en caso de que el Estado resulte deudor como consecuencia del impago de los servicios públicos concesionados, los particulares no podrán, por regla general, embargar bienes de su propiedad. Esta prerrogativa se observa en diversas legislaciones estatales (por ejemplo la del Estado de Morelos) donde existen fuertes impedimentos para que el concesionario pueda ejecutar bienes propiedad de los municipios concesionantes que presentan adeudos a favor de su concesionaria, lo cual puede entenderse en principio dado que la privación de bienes que resulten indispensables para la realización de sus fines, esto puede redundar en una

---

<sup>98</sup> Ob. cit. p. 4.

imposibilidad del concesionario para recuperar los costos e inversiones realizadas como resultado de la prestación de sus servicios.

Por su parte, Chase Plate identifica a los contratos administrativos como públicos por dos razones: la primera es de índole subjetivo al mencionar la existencia de una corriente doctrinaria que afirma que su existencia se origina cuando participa una persona pública en su celebración, es decir, que con la simple comparecencia del Estado o alguna entidad gubernamental estamos ante la presencia de un contrato público y la segunda posición es el objeto de tal modo que, cuando el contenido del contrato sea la satisfacción de necesidades públicas, entonces adquirirá la categoría especial administrativista<sup>99</sup>.

Otra forma de identificar la calidad administrativa de los contratos celebrados por la Administración Pública es aportada por Nava Negrete, quien opina que existen tres criterios acorde a los cuales puede calificarse un contrato como administrativo o privado, a saber:

a) Por determinación de ley: Si bien, no existe una ley general que regule los contratos administrativos (ni tampoco particulares que regulen tipos específicos de contratos de la administración), es factible encontrar disposiciones dispersas en diversos ordenamientos que catalogan contratos como administrativos como lo es el contrato de obra pública.

Este criterio es medianamente útil para determinar el carácter administrativo de los contratos que celebra la administración ya que, como lo menciona el mismo Nava, las legislaturas han guardado silencio sobre la calidad administrativa de numerosos contratos celebrados por la Administración Pública al omitir el señalamiento del régimen que les corresponde, lo cual acontece en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

En lo que respecta a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, se ha observado que, de manera indirecta, se establece su categorización como administrativos en las leyes que regulan las contrataciones en los diferentes niveles de gobierno como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en el orden federal y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Nuevo León, a nivel estatal y la Ley de Gobierno Municipal del Estado de Nuevo León para los municipios ubicados en dicha entidad federativa. El común denominador de estas leyes es que, a pesar de que no regulan de manera directa los contratos de concesión que ocupan a la presente tesis, si establecen el clausulado esencial que deben contener atendiendo principalmente a la salvaguarda del interés

---

<sup>99</sup> Chase, Plate, Luis. E. Artículo denominado "*Los contratos de Derecho público*" contenido en la Revista Actualidad en el Derecho Público. 5º año. Segunda Época. Mayo-agosto. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999. Pp. 72-73.

público consistente en la prestación continua, suficiente y uniforme del servicio público de que se trate.

b) Por la libre voluntad de las partes: afirma el autor que la voluntad de la administración proviene invariablemente de una fuente legal por ello, para justificar éste segundo criterio, recurre a la consulta de la ley para dilucidar si es factible determinar lo administrativo en un contrato como consecuencia de un acuerdo con su contraparte.

Afirma Nava que son numerosos los contratos celebrados por la administración respecto a los cuales la ley no establece de manera expresa su calidad administrativa o su control jurisdiccional a través de la justicia administrativa. Es comprobable esta afirmación cuando se observa en las diversas leyes orgánicas que los servidores públicos pueden llevar a cabo los contratos que resulten necesarios para el cumplimiento de sus funciones, los cuales resultan, en buena parte, innominados, en tal circunstancia, su regulación debería atender a las reglas generales de los contratos o bien, a las del contrato con el que guarden mayor similitud. Acorde a esto, es factible acudir al principio de libre elección de las partes y, consecuentemente, encontrar que estas deciden que la competencia de dicho acto jurídico se surtirá en lo administrativo. A esta posición la denominaba Laubadère “concepción voluntarista del contrato administrativo”.

Sigue indicando éste doctrinario administrativista que, para determinar si las partes pretendieron sujetar al régimen de derecho público el contrato respectivo, debe contener cláusulas exorbitantes, a falta de estas, el convenio se sujetará a lo dispuesto por el derecho común.

El razonamiento del autor en cita parece forzado ya que debemos de partir del principio que reza que el Estado sólo puede efectuar lo que expresamente le permitan las leyes; de éste modo, no es factible que, ante la presencia de un contrato innominado, las partes puedan voluntaristamente asignarle una categoría administrativa.

c) Por su objeto o naturaleza: A éste criterio se acude cuando la ley es hermética respecto a la naturaleza del contrato, en dicho caso debe determinarse si el mismo tiene “marca administrativa”, esto se determina, siguiendo la teoría de Jéze, ubicando la existencia de dos elementos esenciales: i) que el contrato tenga por finalidad asegurar el funcionamiento de un servicio público (como sucede en la concesión que se analiza en la presente tesis) y ii) que las partes hayan pronunciado su voluntad de someterse a un régimen exorbitante del derecho común, es decir, al Derecho Público<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Nava Negrete, Alfonso. Estudios Administrativos. Ob. cit. pp. 20 – 35.

Se agregaría a la aportación de Nava un cuarto criterio que sería particularmente aplicable a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, el cual se expresa como sigue:

d) Por los procedimientos de carácter público exigidos por ley para llevar a cabo la contratación. Esta atribución deviene de lo señalado en el párrafo tercero del artículo 134 de la constitución federal, el cual ordena que en las contrataciones que realice la Administración Pública, en lo que respecta a adquisiciones o prestaciones de servicios, debe elegirse al co contratante a través de procesos de licitación pública que le brinden al ente concesionario las mejores condiciones posibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias que resulten pertinentes.

En casos excepcionales la administración puede asignar de manera directa o a través de procesos de invitación restringida a quien le proveerá el servicio, la obra o los bienes que requiere; sin embargo, la procedencia de estas vías extraordinarias deben apegarse a las causales de excepción señaladas en la propia ley.

Este criterio complementa los anteriores ya que dilucida que existirán contratos administrativos que, aunque no estén determinados expresamente por la ley, su proceso previo si indica su carácter de Derecho público.

Como corolario al presente apartado, se reitera la existencia de un conflicto de intereses y valores en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos. Por un lado está la seguridad que debe tener el Estado para garantizar la prestación de los servicios públicos y la propiedad de los bienes afectos al dominio público y, por el otro, se presenta el derecho legítimo del concesionario al libre ejercicio del comercio y a percibir los ingresos acordados con el Estado como resultado de la realización de los servicios concesionados.

#### 1.3.1.1 La Supra - Subordinación.

En concordancia con la idea de que los contratos de concesión son de naturaleza pública, se presenta una nota que presenta tintes tanto dogmáticos como procesales y consiste en la idea de que, en ellos, existe una desigualdad entre las partes que comparecen a dichos actos jurídicos, esto es así dado que uno de los elementos personales que intervienen en estos convenios, es el Estado.

La consecuencia de que sea el Estado quien contrata, es que éste actúa en ejecución de su imperio, es decir, se inviste de un plano de superioridad frente a su contraparte privada debido a que el principal fin de la concesión es la satisfacción de un interés público al tratarse de la prestación de servicios públicos, por ello, su cumplimiento debe estar por encima de restricciones convencionales

que puedan restringir, limitar o hasta impedir la realización de los servicios que correspondan.

Estas ideas conforman una corriente de pensamiento eminentemente jurisdiccional que considera que la relación contractual entre un ente gubernamental que otorga una concesión para la prestación de servicios públicos y un particular - concesionario, debe observarse desde el punto de vista administrativo dado que se trata de una relación de supra a subordinación al contener elementos exorbitantes favorables al gobierno debido a su finalidad de utilidad pública.

Para muestra de lo anterior, se hace referencia al criterio jurisprudencial<sup>101</sup> que confirma esta tendencia cuya denominación es “*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS*”, la cual contiene varios elementos relevantes que aquí se resumen: i) la naturaleza administrativa de un contrato en el cual participó un ente público y un particular se asigna si éste tiene una finalidad de orden público; ii) consecuentemente, si el objeto del contrato se desvincula del cumplimiento directo de las atribuciones de la Administración Pública y/o de la satisfacción de necesidades colectivas o no se ejerzan los medios que le permite su régimen especial, entonces estará regido por el Derecho Privado; iii) en el caso de que el contrato tenga como fin el cumplimiento de atribuciones del Estado y que, consecuentemente la satisfacción de necesidades colectivas tenga que colmarse, se tendrá un contrato administrativo en el cual será válido imponer cláusulas exorbitantes ya que su objetivo es asegurar el funcionamiento regular y continuo de algún servicio público ; iv) estas cláusulas exorbitantes serían nulas en un contrato sujeto al régimen de Derecho Privado.

Un criterio notable que se suscribe a esta corriente, lo proporciona Casagne (citado por Comadira) quien indica que los “*contratos administrativos de colaboración*”, revisten tal cualidad cuando la prestación sustancial, determinante del contrato se encuentra a cargo de un contratista privado, en cuyo caso, las dudas originadas durante la ejecución de los contratos se debería resolver a favor de la administración pública y en contra del particular<sup>102</sup>.

La idea de la concesión como un contrato público de supra a subordinación tiene tanto un contenido objetivo como subjetivo dado que se considera que debe

---

<sup>101</sup> Novena Época. Registro: 189995. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII*, Abril de 2001. Materia(s): Administrativa, Civil. Tesis: P. IX/2001. Página: 324. Juicio ordinario civil federal 1/2000. Jesús Guillermo Puente Cutiño. 20 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo.

<sup>102</sup> Comadira, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010. P. 44.

categorizársele de éste modo debido al contenido de interés público del contrato y a la presencia del Estado como parte. Margáin Manautou alude a una corriente doctrinaria que estima que todo litigio promovido para la ejecución e interpretación de controversias relacionadas con contratos administrativos debe ser, invariablemente, la de los tribunales contencioso – administrativos; esta posición se opone a la posibilidad de que se sometan a juzgados civiles o mercantiles controversias derivadas de dichos contratos tanto por la “*ratione materiae*” (objeto del contrato) como por la “*ratione personae*” (la intervención del Estado como parte)<sup>103</sup>.

Es verdad que, como lo señalan Aubry y Rau, en las relaciones jurídicas cuyo objeto es la cobertura de algún servicio para la comunidad donde, por lo tanto, se opone el interés de una persona frente a los de una colectividad, debe darse preferencia a estas; esto no debería soslayar los derechos de los particulares ya que podría representar un impedimento al concesionario para exigir sus derechos. Efectivamente, aunque si bien es correcto distinguir los contratos públicos de los privados por el régimen exorbitante de sus cláusulas y la prevalencia del orden público en su contenido, no debe circunscribirse la competencia de su conocimiento a los tribunales administrativos “*a priori*” dado que los derechos que el particular contratante pretenda proteger o exigir, pueden ser materia de vías civiles o mercantiles atendiendo a la debida exégesis de su reclamo<sup>104</sup>.

Efectivamente, deben distinguirse las pretensiones jurisdiccionales que pueden surgir de un contrato de concesión dado que, si bien, estas pueden contener disposiciones de carácter normativo o reglamentario que tengan que ser resueltas por canales administrativos, también pueden presentarse notas de Derecho Privado como en los casos en los que los concesionarios exigen el cumplimiento de contraprestaciones económicas devenidas de trabajos realizados. Al tratarse de un reclamo económico, el particular debería tener la opción clara, tipificada y expedita para acudir a los tribunales ordinarios aun y cuando la naturaleza de los servicios prestados implique el interés social y/o el orden público ya que, lo que estaría en disputa, no sería el alcance o afectación de dichas premisas (para lo cual la Administración Pública tiene prerrogativas exorbitantes que puede ejercer) sino un cobro de pesos o bien, la exigencia de algún otro tipo de obligación derivada de un contrato sinalagmático (conceptualizado, según Sepúlveda, como aquellos que son bilaterales, onerosos y conmutativos donde las prestaciones de las partes guardan un plano de reciprocidad)<sup>105</sup>; sin embargo, la aplicación indiscriminada de los criterios supra - subordinados, provoca que el co contratante de la administración pública se enfrente al dilema de demandar civilmente o acudir

---

<sup>103</sup> Margáin Manautou, Emilio. *De lo Contencioso Administrativo. De anulación o de ilegitimidad*. 1ª ed. Porrúa. México. 2009. P. 89

<sup>104</sup> Lutzesco, Georges. *Teoría y Práctica de las Nulidades*. Porrúa. México. 2010. P. 39

<sup>105</sup> Sepúlveda Sandoval, Carlos. *De los Derechos personales, de crédito u obligaciones*. 4ª ed. Lazcano Garza Editores. Monterrey. 1997. Pp. 89-90.

a los tribunales administrativos, lo cual podría impedir su acceso a una resolución *ad hoc* a su petición ya que, según el criterio imperante en los tribunales contenciosos administrativos, las acciones que se intentan ante ellos deben circunscribirse a temas de ilicitud o inconstitucionalidad, cuando lo que busca el particular afectado es una sentencia de condena respecto al ente gubernamental que le ha incumplido.

Si bien es cierto que la legislación administrativa contempla diversos medios de impugnación a través de los cuales los concesionarios pueden contender las disposiciones de un contrato de concesión, tales como: a) inconformidades; b) revisiones y, c) instancias jurisdiccionales, estos pueden no ser pertinentes ante reclamos que salgan de la esfera administrativa.

Una última consideración que debe ser tomada en cuenta es el contenido de la reforma a la Ley de Amparo del año 2014, contenida en la fracción II del artículo 5, donde se considera que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general, es decir, que los concesionarios de servicios públicos pueden ser sujetos al juicio de amparo como autoridades responsables, lo cual hace aún más compleja la posición para estos dado que, a pesar de carecer de las atribuciones de un ente público, se le impone esta responsabilidad lo cual rompe con la equidad de la contratación administrativa ya que no se le brindan los medios legales para ejercer adecuadamente sus derechos.

La idea de la *supra* – subordinación incide en la tutela judicial efectiva para los concesionarios dado que, cuando estos pretenden exigir el cumplimiento de prestaciones convencionales de índole económico, de cumplimiento forzoso del contrato o de terminación del mismo por causas imputables a su contraparte estatal, se enfrente a la disyuntiva de plantear sus reclamos por la vía civil dado que esta sería la idónea dada la naturaleza de dichos reclamos; sin embargo, los jueces civilistas podrían servirse de la idea del carácter autoritario (en el sentido de que ejerce el imperio estatal) de la concesionante, por lo que declinarían su competencia a favor de la vía administrativa. Esta declinación enfrentaría a los concesionarios a la problemática de que, las leyes contenciosas administrativas, en general, no prevén la opción de que disputas del orden económico y sinalagmático, sean resueltas en su jurisdicción, resultando así una falta de tutela jurisdiccional.

Sobre estas ideas se abundará en los capítulos de análisis positivista de la presente tesis.



### 1.3.1.2 El contrato de concesión como contrato de adhesión

Un tema adicional que redundaría en la apreciación del contrato de concesión como de supra a subordinación del Estado frente al concesionario, tiene que ver con la forma en que son impuestas sus cláusulas, esto es así dado que el ente gubernamental que pretende concesionar la prestación de los servicios públicos, determina de antemano (antes aun de saber quién será su contraparte), cuáles serán las condiciones que regirán la relación contractual, lo cual es consecuente con las causas de utilidad pública y las disposiciones legales que ordenan que así se pre establezca.

Lo anterior le da un carácter de contrato de adhesión a los contratos de concesión en lo que respecta a la persona privada que funge como concesionario debido a que a éste no le queda más remedio que aceptar las condiciones que impone la Administración Pública si quiere llevar a cabo la contratación, es decir, debe adherirse a la voluntad que le impone el Estado.

Respecto a los contratos de adhesión, Llobera identifica dos partes, la llamada “*proponente*” o “*parte fuerte*” por ser la que redacta las cláusulas (en la concesión sería el ente gubernamental concesionante) y el “*adherente*”, que es la considerada “*parte débil*” debido a que es la que se ve en la necesidad de aceptar los términos que unilateralmente le impuso el Estado si quiere contratar.

Señala también el precitado autor que los contratos de concesión presentan los siguientes matices:

a) Las cláusulas son establecidas unilateralmente por una de las partes. En el contrato de concesión es la Administración Pública quien las establece e impone, lo cual tiene fundamento normativo dado que éste es un requisito previo que tiene que observar el Estado antes de llevar a cabo la licitación o la asignación directa mediante la cual se elegirá al particular que fungirá como concesionario.

b) “La parte débil” sólo tiene la alternativa de aceptar las condiciones predispuestas por el ente concesionante o no contratar.

c) Hay una superioridad por parte del predisponente, en éste caso, es obviamente la del Estado al imponer, incluso, cláusulas exorbitantes derivadas de la utilidad pública en la debida prestación de los servicios concesionados.

d) Las cláusulas impuestas suelen presentar complejidad. En el caso de las concesiones, esta complejidad se surte debido a las características ambivalentes del contrato de concesión al presentarse cláusulas de régimen público y privado<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Llobera, Hugo, O. *Contrato de Concesión Comercial*. Astrea. Buenos Aires. 2006. P. 144.

Borja efectúa un resumen de diversas opiniones doctrinarias respecto a las particularidades del contrato de adhesión del siguiente modo:

- La oferta se presenta a una colectividad. Esto es aplicable a los contratos de concesión dado que, por regla general, la concesionante tiene la obligación de elaborar el contenido del contrato de manera previa a la convocatoria para la licitación en la cual los particulares interesados en constituirse como concesionarios deberán concursar para obtener el contrato, por ello, puede afirmarse que el ente público oferta un contrato a una persona que, en tal momento, está aún indefinida.
- El convenio es propuesto de manera unilateral por una de las partes / La oferta no puede ser discutida. Tal como se indicó en el inciso anterior, por disposición legal, es la Administración Pública que concesionará un servicio público quien se encarga, de manera unilateral, de elaborar el contenido del contrato de concesión conforme a lo dispuesto por el marco normativo aplicable, el cual deberá ser aceptado por el adjudicatario de la concesión si desea convertirse en concesionario.
- La reglamentación del contrato es compleja. No es explícito Borja en cuanto a esta característica de la adhesión; sin embargo, en éste trabajo se interpreta como la posibilidad de que la concesión cuenta con cláusulas que son de orden público o reglamentario que deben ser incluidas por orden normativa y cláusulas privadas de naturaleza bilateral las cuales, a pesar de no haber sido negociadas por el adherente, le generan derechos particulares que, en su caso, podrá exigir a su contraparte.
- La posición del oferente es preponderante. Queda claro en la concesión que la Administración Pública tiene una posición de mayor fortaleza que la del concesionario, esto es así dado que debe proteger el objeto del contrato porque importa un interés general, como lo son los servicios públicos, por ello, puede imponer el clausulado al cual deberá sujetarse el contrato respectivo.
- El contrato oculta un servicio privado de utilidad pública. La justificación de la imposición del clausulado de la concesión y, en consecuencia, la reducción del concesionario a un consentidor adherente encuentra justificación en el hecho de que el objeto del contrato es la prestación de servicios públicos que tienen, evidentemente, un interés general dado que su realización es imprescindible para la debida marcha de una comunidad<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones. Tomo I*. 7ª ed. Editorial Porrúa. México. 1971. Pp. 152-158.

### 1.3.2 La parte de Derecho privado del contrato de concesión.

Marienhoff considera que es factible que pueda darse la libre voluntad entre un particular y un ente gubernamental ya que el derecho público admite acuerdos entre ellos en tanto sean compatibles con las reglas de lo administrativo, pero no debemos dejar de observar que en esta área se presentan limitantes lógicas derivadas del interés público de los contratos de concesión; sin embargo, afirma éste autor, limitantes de otros órdenes se presentan también en los contratos privados, por lo que no debe disminuirse la calidad contractual de las concesiones<sup>108</sup>.

En la terminología jurisdiccional se ha designado como “*contratos de coordinación*” a los convenios celebrados entre un ente público y un particular que se sujetan a una relación de Derecho Privado donde, consecuentemente, la Administración Pública se despoja del imperio estatal con el que actúa cuando emite actos de autoridad.

Nava afirma que en la actualidad es indiscutible que el Estado puede celebrar tanto contratos administrativos como privados debido a la complejidad de las necesidades colectivas que tiene que atender; sin embargo, reconoce que es difícil determinar cuándo el contrato tiene una u otra característica dado que no existe un criterio único. A su parecer, los criterios conforme a los cuales puede determinarse si un contrato es privado o público, son:

a) Por determinación de ley. El autor en cita hace una observación trascendental referente a la inexistencia de una ley especial de contratos administrativos que facilitaría la determinación de los acuerdos de voluntades celebrados por el Estado que tendrían una calidad jurídica administrativa y cuáles se regirían por el Derecho Privado, desafortunadamente, en nuestro país la normativa jurídica aplicable se encuentra diseminada en un cúmulo de normas legales diversas y heterogéneas, tales como: la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público a nivel federal, las leyes orgánicas municipales de las entidades federativas e inclusive reglamentos municipales y de dependencias paraestatales. Estas leyes no guardan uniformidad en cuanto al contenido que debe tener el contrato de concesión ni mucho menos resuelven su naturaleza bivalente.

b) Por libre voluntad de las partes. Es necesario precisar un principio aplicable a la Administración Pública consistente en que sólo puede llevar a cabo los actos que la ley le permita expresamente realizar; sin embargo, la sutileza distinguida por Nava, consiste en las acciones que el Estado debe realizar para cumplir con su mandato legal pero que no encuentran una correspondencia con un contrato típico, en dichos casos es dable que el ente público celebre contratos innominados con particulares tomando el contenido de la figura jurídica con la que guarde

---

<sup>108</sup> Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratos de la Administración Tomo III-A*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1982. P. 17.

mayor semejanza. Laubadère califica el criterio anterior como una “*concepción voluntarista del contrato administrativo*”.

c) Por el objeto o naturaleza misma del contrato. Como puede advertirse, la calidad administrativa o privada de un contrato se asigna, según éste criterio, atendiendo al carácter intrínseco del objeto del contrato. Esta calificación no deja de presentar dificultades ya que, si bien existen contratos que indiscutiblemente son de naturaleza administrativa, como el de obra pública, otros, como el de concesión, no tienen una fácil determinación de los alcances y delimitación de los regímenes públicos y privados<sup>109</sup>.

En relación con esta posición, se cita la obra “*Derecho Administrativo Mexicano*” de Nava Negrete<sup>110</sup> donde señala la posibilidad de que el Estado o la administración pública se sometan al derecho privado con el objeto de conseguir sus fines en forma similar a como los particulares se sirvan del derecho público para los suyos; sin embargo, en los casos en que el Estado acude al Derecho Privado, se forma un “corpus especial” porque adquiere notas especiales para su tratamiento tal como sucede en el establecimiento de cláusulas de carácter protector del servicio público como lo son las exorbitantes.

A continuación se exponen los criterios teóricos y jurisdiccionales relativos a esta segunda visión privatista aplicable a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

#### 1.3.2.1 Contratos de coordinación.

Carnelutti afirmaba que el carácter público de un derecho no radica en lo subjetivo ya que a un sujeto privado puede corresponderle un derecho subjetivo público (como en el derecho de acción) y a un sujeto público (el Estado) puede corresponderle un derecho de naturaleza privada y precisaba que, aunque si bien los intereses de los entes públicos jamás podrían ser privados, podían actuar, bajo ciertas circunstancias, como sujetos de Derecho Privado<sup>111</sup>.

Lo que el célebre tratadista italiano indicaba con lo anterior es que el Estado puede asumir una doble personalidad jurídica dependiendo de la naturaleza del acto que realizará; la primordial de ellas será su carácter de ente público emitiendo actos de autoridad sujetos al imperio estatal que le confiere la normatividad, pero también podrá actuar como sujeto de derecho privado y, por ende, asumir un nivel similar al de su contraparte privada cuando celebre acuerdos de voluntades en los cuales no se presentan notas justificantes de un actuar desigual, por ejemplo,

---

<sup>109</sup> Ob. cit. Pp. 20-37.

<sup>110</sup> Ob. cit. pp. 46-47.

<sup>111</sup> Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1941. P. 62.

cuando celebra un arrendamiento sobre un inmueble en el cual pretende instalar oficinas de atención al público; en éste caso, el contrato tendrá un carácter meramente civilista donde el arrendador podrá proponerle las condiciones que le resulten convenientes dado que el inmueble a rentar es de su propiedad y, el ente gubernamental, aceptará las condiciones convencionales correspondientes sujetándose, en caso de disputa, a las vías y reglas del Derecho Privado sin tener mayor o menor ventaja que su co contratante.

Como puede observarse, el objeto del contrato es fundamental para la determinación de la calidad de un “contrato de coordinación”, dado que lo que le da tal calificativo es el contenido mismo del acto jurídico y no las partes que intervienen en él debido a que, cuando se trata de relaciones sinalagmáticas (entendiendo por ellas las que fijan derechos y obligaciones bilaterales que, por lo tanto, tienen que ser cumplidos mutuamente), la parte que se considere afectada en su órbita jurídica, puede exigir a la otra, por la vía que corresponda, el cumplimiento forzoso, la terminación anticipada, el pago de lo debido o los daños y perjuicios causados, sin necesidad de sujetarse irremediabilmente a una vía administrativa ya que, al final del día, como lo señala Bejarano, se trata de una relación entre personas (independientemente de que intervenga un ente de la administración pública) que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta a favor de la otra, quien está autorizada a exigirla, es decir, se traslada al campo de las acciones civiles<sup>112</sup>.

La tesis denominada “*COMPETENCIA EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL QUE SE DEMANDA LA PRESCRIPCION POSITIVA SOBRE UN INMUEBLE PROPIEDAD DE UNA ENTIDAD PARAESTATAL CONSTITUIDA COMO SOCIEDAD ANONIMA. RADICA EN EL FUERO COMUN*”<sup>113</sup>, matizada a la luz de la corriente anterior, podría interpretarse de la siguiente manera: aunque si bien la vía administrativa es conveniente para el particular afectado de un acto administrativo, en materia de cumplimiento contractual debe permitírsele optar por una vía diversa, como la civil o la mercantil, cuando esta sea la adecuada o le importe una mayor seguridad jurídica de éxito. Desde otra perspectiva, esta

---

<sup>112</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 5ª ed. Oxford University Press. México. 1999. P. 124.

<sup>113</sup> *Octava Época. Registro: 207340. Instancia: Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. IV, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: 3a. 45. Página: 287. Competencia 148/87. Suscitada entre los jueces Cuarto de lo Civil del Partido Judicial de Tijuana, Baja California, y Segundo de Distrito en el Estado de Baja California Norte. 11 de julio de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Octava Época, Tomo II, Primera Parte, página 251.*

resolución indica la posibilidad de acudir a las acciones civiles cuando la materia de la acción se circunscriba a dicha área, independientemente de que una de las partes sea un órgano gubernamental.

La tesis señalada con anterioridad conduce a una posición asimilable a la corriente que se analiza en el presente apartado en el sentido de que los entes públicos pueden celebrar actos jurídicos que no se circunscriben al campo del Derecho administrativo dado que la administración pública puede despojarse de su investidura gubernamental para actuar en actos jurídicos de naturaleza privada como lo puede ser un contrato de arrendamiento civil, una compraventa con particulares o un contrato de prestación de servicios.

La doctrina y jurisprudencia alemana sostienen una posición similar a la de la tesis indicada previamente al estimar que la calificación del acto de la Administración Pública como meramente administrativo o de índole privada depende de la finalidad perseguida por el sujeto al penetrar en el “edificio público” de tal modo que, si quien pretende interactuar con el Estado busca un fin público (como lo sería el otorgamiento de una licencia para construcción), tendrá que sujetarse a la ley administrativa pero, si por el contrario, se presenta para celebrar un negocio jurídico privado (por ejemplo la venta de útiles de oficina), se regiría entonces la relación por el derecho mercantil o civil; por ende, se concluye que, en los contratos en los que interviene el gobierno, debe tomarse en cuenta el fin de la obligación asumida contractualmente ya que éste puede trasladarse al sector del Derecho Privado<sup>114</sup>.

Fraga menciona que la teoría de la competencia administrativa devenida de la subjetividad de la administración pública como parte en la celebración de un contrato no es siempre aplicable ya que no existe impedimento para que esta pueda concertar acuerdos bajo un régimen contractual del derecho civil<sup>115</sup>.

En opinión de Mazeaud y Buadry Lacantieri, citados por Borja, en estricto derecho, debe interpretarse que, del pacto de cláusulas contractuales (aunque estas hayan sido impuestas por la Administración Pública) nacen obligaciones bilaterales para las partes, por esto, si una de ellas no se conduce como debería hacerlo, comete un “*hecho de inejecución*” contra el cual el acreedor no tiene más que probar la existencia de tales extremos<sup>116</sup>.

Acorde a la idea precitada, podría considerarse que la parte privada del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, a pesar de tener un origen de satisfacción de necesidades públicas, no se encuentra tipificado como contrato

---

<sup>114</sup> Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo Alemán*. 1ª. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2012. Pp. 556-58.

<sup>115</sup> Ob. cit. p. 397.

<sup>116</sup> Ob. cit. p. 319

administrativo “*per se*” dado que no se encuentra regulado específicamente en ley administrativa alguna, por lo cual, se puede colegir, que habría que acudir a las reglas genéricas para la figura jurídica de la prestación de servicios, las cuales se encuentran contenidas en los códigos civiles de los estados, por lo cual, el concesionario podría acudir a dichas normas para la resolución de sus peticiones.

La idea de que la administración pública puede celebrar contratos que no se circunscriban al ámbito público y, por ende, que no tengan un carácter meramente administrativo, se fortalece al revisar el último párrafo del artículo 3 del Código Fiscal de la Federación que define el concepto de “*Productos*” como aquellas contraprestaciones que recibe el Estado por los servicios que presta en sus funciones de derecho privado así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado, es decir, que los entes gubernamentales pueden celebrar contratos que se rijan por las regulaciones del Derecho Privado.

Otro concepto relevante es el vertido por Chase Plate quien indica que los contratos administrativos tienen un contenido complejo en el sentido de que contienen una parte reglamentaria y otra contractual pudiendo ser modificada la primera, lo cual nos hace considerar la posibilidad de dividir el clausulado de los contratos de la administración pública en una parte administrativa y otra civilista, con lo que podría pensarse en la existencia de una dicotomía que permita al particular hacer valer sus derechos por las vías procesales idóneas cuando se trata de la parte económica de la prestación de servicios que efectúa el concesionario<sup>117</sup>.

Se adhiere a la posición planteada en el presente apartado el tratadista mexicano Ramírez García quien señala que, aunque si bien los contratos administrativos tienen un régimen de Derecho Público, éste ya no presenta el autoritarismo de las doctrinas clásicas sino que respeta todas las relaciones jurídicas que pudiesen surgir de los mismos, incluyendo la sostenida con el concesionario. En su exposición de las características de los contratos administrativos, refiere que estos, en la práctica actual, presentan las siguientes notas:

- Ha dejado de prevalecer la relación absoluta de subordinación del Estado frente al concesionario y se ha impuesto la colaboración entre ambas partes.
- La desmedida aplicación de las cláusulas exorbitantes se ha atemperado.
- La legislación ha establecido límites a la concesionante para mutar el contrato fijando topes máximos más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.

---

<sup>117</sup> Ob. cit. 73-74.

- Las sanciones que aplique el Estado deben estar contempladas en el contrato de concesión o en la ley aplicable.
- Los contratos administrativos deben ser cumplidos de buena fe por la Administración Pública, es decir, que no puede aprovecharse de su situación jerárquica superior para tomar ventajas indebidas en la relación contractual con su contraparte.
- Es aceptada la “teoría de la imprevisión” que consiste en que el contratista tiene derecho a un ajuste de costos o tarifa si se surten circunstancias imprevistas o extraordinarias que cambien las condiciones económicas originales<sup>118</sup>.

Un aspecto procesal a considerar es el contenido de la sentencia que resuelva la petición del concesionario mediante la cual efectúe un reclamo jurisdiccional a su contraparte; esto es así dado que, si se le constriñe a que su reclamo lo haga por vía administrativa, se enfrentará al limitado y especializado alcance del contenido resolutorio que tienen las sentencias emitidas por los tribunales administrativos dado que, como lo señala Margáin<sup>119</sup>, las únicas posibilidades de una sentencia del contencioso administrativo son las resoluciones que declaren si se ha violado o no alguna ley con la resolución combatida; o, que condenen a la autoridad responsable a la reposición del derecho del gobernado, luego entonces ¿qué posibilidad le queda al afectado por el incumplimiento meramente contractual si éste no cae estrictamente dentro del ámbito de los actos administrativos?.

En esta segunda corriente se aduce que, aun tratándose de contratos de concesión que fundamentalmente tengan un objeto de interés social o de satisfacción de necesidades públicas, como lo es la prestación de un servicio público, al menos parte de los acuerdos contenidos son bilaterales y, por lo tanto, exigibles entre sí por las vías que correspondan.

Una aclaración pertinente a éste tema es la que emite Morell Ocaña quien indica que, en materia civil, la competencia en territorio se define predominantemente por el interés de las partes por lo que ellas son las que pueden, de manera convencional, asignar el sometimiento jurisdiccional de la controversia, esto a diferencia de la materia contenciosa – administrativa, donde la competencia se surte, originalmente, al rango y sede de la autoridad cuyo acto conforma el objeto de la controversia judicial<sup>120</sup>.

La anterior afirmación es relevante cuando el concesionario pretende exigir la tutela jurisdiccional en temas tales como: el cobro de las contraprestaciones adeudadas por el ente público que ha sido el receptor de los servicios, lo cual se documenta regularmente en facturas, el cumplimiento forzoso del contrato, la

---

<sup>118</sup> Ob. cit. Pp. 254-256.

<sup>119</sup> Ob. cit. p. 5.

<sup>120</sup> Morell Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi. Madrid. 1998. P. 47.



terminación por incumplimiento de la concesionante y/o el pago de daños y perjuicios derivados imputables al Estado. Esta situación genera un contrapunto con los criterios administrativistas, ya que, si bien es cierto que el concesionario realizó un servicio público, no es menos cierto que la prestación de servicios “*per se*” se encuentra regulada en los Códigos Civiles de los Estados (serían aplicables también estas normas privadas para el caso de la aplicación de penas convencionales, la terminación anticipada del contrato, el cumplimiento forzoso del mismo, etc.); o bien, la facturación que expide el prestador de servicios documentando sus derechos de cobro, es de naturaleza mercantil, además que el concesionario regularmente es un comerciante. Esto hace concluir que la exigibilidad de las prestaciones que le corresponden al co contratante del ente público podría realizarse por vías distintas a la administrativa.

Luqui se adhiere a la posición señalada previamente al indicar que, para considerar la jurisdicción administrativa en un debate litigioso donde participa un ente público, es necesario que el objeto de la controversia implique una operación administrativa dado que las entidades gubernamentales pueden ser parte en juicios de naturaleza civil, comercial, laboral, etcétera, lo cual, permite colegir que, no solamente puede ponerse el ente gubernamental en un nivel de coordinación con el particular, sino que inclusive en un mismo contrato de concesión pueden presentarse notas tanto administrativas como de derecho privado<sup>121</sup>.

Una opinión que pudiese parecer divergente pero que en realidad es convergente con la postura sostenida en éste punto es la proporcionada por Mauricio Yanome quien manifiesta su preocupación por la tendencia a pretender encajar en el ámbito civil al Derecho administrativo ya que no es factible subordinar al Estado al cumplimiento de condiciones que puedan impedir la satisfacción eficaz de las necesidades de la colectividad; sin embargo, concede que pueden asimilarse las relaciones pecuniarias al campo civilista cuando esto no afecte la subsistencia de la organización estatal o el cumplimiento de las atribuciones especiales que le corresponden como autoridad<sup>122</sup>.

Es básico que el particular que se encuentra en esta posición cuente con una acción “*ad hoc*” a la pretensión que reclama que pueda inferir una acción de condena (cuando pretenda del órgano gubernamental una prestación de dar, hacer o no hacer) o bien una declarativa que busque hacer cierto un derecho a su favor, lo cual sólo es posible cuándo se ejercen acciones propias del derecho procesal civil o mercantil tratándose de la disputa de cláusulas bilaterales en un contrato de concesión<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Luqui, Roberto E. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa. Tomo 1*. Astrea. Buenos Aires. 2005. P. 75.

<sup>122</sup> Yanome Yesaki, Mauricio. *Derecho Administrativo. Parte General*. 1ª. ed. Elsa G. de Lazcano Editores. Monterrey. 2006. Pp. 88-89

<sup>123</sup> Arellano García, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México. 1984. P. 266

Una última dificultad en el acceso a la justicia para los concesionarios cuando se considera únicamente la posibilidad de acudir a la justicia administrativa para reclamar el cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas consiste en que, los tribunales contencioso administrativos pertenecen al poder ejecutivo, lo cual, de algún modo, coloca a la autoridad demandada, como juez y parte en el proceso, situación que puede conllevar un desbalance en la impartición de justicia para los prestadores de servicios concesionados.

#### 1.4 Conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión y aproximaciones a su esencia bivalente.

Una vez revisados los distintos conceptos emitidos por los doctrinarios administrativos del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos llega el momento de aterrizar la base conceptual de esta figura nodal para la presente tesis, por ello, se proporciona a continuación una disección clasificatoria del contrato y, posteriormente, se aporta una definición que se estima es la más cercana a su naturaleza jurídica.

La conclusión a la que se arriba después de analizar el contenido del contrato de concesión administrativo para la prestación de los servicios públicos es que presenta características tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, por ello, se afirma que se trata de un contrato ambivalente. Es preciso traer la definición de éste término para comprender cabalmente el alcance de esta aseveración. El diccionario de la Real Academia Española<sup>124</sup> define la palabra “ambivalencia” como la condición de lo ambivalente y, a su vez, indica que éste adjetivo implica algo *“que presenta dos interpretaciones o dos valores, frecuentemente opuestos”*, lo cual encaja de manera justa con el contenido de la concesión, esto es así, debido a que presenta notas que se circunscriben a lo reglamentario dado el interés general que la colectividad tiene en que sean prestados de manera eficiente los servicios públicos, pero, a la vez, éste acto jurídico cuenta con características privadas debido a que la intervención del concesionario denota una prestación de servicios regulada por las reglas del derecho común y/o del mercantil dado que el empresario que actúa con tal carácter, lo hace con la intención de ejercer el libre comercio y obtener un lucro lícito.

La parte reglamentaria del contrato de concesión se refiere a las disposiciones de orden público que, por disposición legal, tienen que estar incluidas en los contratos de concesión para garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios públicos indispensables para la debida marcha del colectivo social.

---

<sup>124</sup> Real Academia de la Lengua Española. Página electrónica [www.rae.es](http://dle.rae.es/?id=2Hua4gs), localizable en: <http://dle.rae.es/?id=2Hua4gs>

Entre las cláusulas reglamentarias del contrato de concesión administrativa podemos mencionar las siguientes:

- i) la reversión de los bienes propiedad de la concesionante que fueron utilizados por el concesionario al final de la vigencia de la concesión;
- ii) La transmisión de la propiedad de los bienes adquiridos por el concesionario al término de la vigencia de la concesión a favor del ente público concesionante;
- iii) La posibilidad del ente público de rescindir el contrato, terminar o caducar el contrato de manera unilateral ante el incumplimiento del concesionario;
- iv) Como consecuencia del punto anterior, la posibilidad de que el ente público que concesionó tome la prestación de los servicios públicos correspondientes con sus propios medios o que asigne su realización a un tercero.

Estas cláusulas implican una real desigualdad jurídica entre la Administración Pública y el particular – concesionario ya que aquella se las impone a esta y tienen un peso jurídico que favorece a la concesionante, lo cual, como se señaló anteriormente, encuentra justificación en la necesidad de asegurar la continua prestación de los servicios públicos.

Derivado de las consideraciones precedentes, se afirma que las características del contrato de concesión deben exponerse considerando dos vertientes y asignar valores clasificatorios bivalentes. En éste sentido, Nava piensa que el objeto del Derecho Público en la actualidad se encuentra compartido con el del Derecho Privado dado que el Estado se ve inmiscuido en ambos regímenes en el desarrollo de sus actividades; sin embargo, es preciso separarlos y reconocer sus diferencias debido a las consecuencias prácticas que su confusión podría causar y porque así lo exige la realidad económica y social. Indica también éste doctrinario que se presenta la idea de la “privatización de la actividad del Estado” lo cual implica la utilización de procedimientos o técnicas del Derecho Privado que resulten idóneas para conseguir sus fines dado que la amplitud de sus atribuciones rebasa continuamente los estrechos linderos del Derecho Público<sup>125</sup>.

Se comparte plenamente la idea del precitado autor dado que existen actuaciones del Estado, como la que se da en los contratos de concesión, donde se conjugan elementos de dos ramas jurídicas, la pública y la privada, lo cual debe reconocerse pero, a la vez, comprenderse la necesidad de atender sus diferencias para distinguir los casos en los cuales las disputas surgidas entre las partes deban atenderse conforme al Derecho administrativo y cuándo deben dirimirse por instancias de Derecho privado para que los concesionarios tengan una vía jurisdiccional que les garantice una tutela judicial efectiva cuándo pretendan ser resarcidos económicamente por la indebida actuación de su contraparte estatal.

---

<sup>125</sup> Ob. cit. P. 20.

A fin de proceder a la asignación de las categorías clasificatorias de cada una de las partes del contrato de concesión se ha recurrido al tratado de obligaciones civiles de Bejarano Sánchez<sup>126</sup>, connotado doctrinario civilista mexicano, quien condensa las categorías aportadas por los clásicos y las actualiza a la realidad del sistema positivo actual.

Se justifica el recurso de atender a la doctrina civilista debido a que el origen de los contratos “*per se*” se encuentra en el Derecho civil, por ello, es en dicha rama jurídica donde se encuentran las bases en materia contractual.

Cuadro I.1

<b>Clasificación en la parte de Derecho Público</b>	<b>Clasificación en la parte de Derecho Privado</b>
Contrato Administrativo: Esto es así dado que se rige por leyes imperativas del orden público que implican la posibilidad de la Administración Pública – Concesionante de regirse a sí misma.	<p>En la parte de Derecho Privado, el contrato puede ser clasificado desde dos perspectivas:</p> <p>Contrato Civil: Si se considera que la concesión se refiere a la Prestación de Servicios, el contrato sería de naturaleza civilista dado que el acto jurídico se regiría por las disposiciones del Código Civil.</p> <p>Contrato Mercantil: Si la consideración es subjetiva, es decir, atendiendo a que el concesionario es un comerciante que presta los servicios concesionados con la finalidad de obtener un lucro, entonces aplicarían las disposiciones del Código de Comercio (artículos 3 fracción I) / se reputan comerciantes a las personas que hacen del comercio su ocupación ordinaria (artículo 5) / toda persona capaz de contratarse y obligarse tiene la capacidad para ejercer el comercio.</p>
Acto Jurídico Unilateral: En atención a que es única la voluntad que crea la concesión, esto es así, dado que la Administración Pública – concesionante es la que crea e impone el contenido de éste acto jurídico por	Convenio: Debido a que, en lo que respecta a las cláusulas de naturaleza privada existe una aceptación por parte del concesionario de las condiciones expuestas por la concesionante que implica su

<sup>126</sup> Ob. cit. Pp. 26-39.

disposición de ley a fin de salvaguardar la debida y continua prestación de los servicios públicos.	manifestación de consentimiento, se configura el acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones para las partes.
Acto Unilateral: Dado que, en la parte reglamentaria del contrato, se establecen cláusulas exorbitantes favorables al ente público concesionario que le permiten salvaguardar el interés colectivo derivado de la prestación de servicios públicos contra las cuales no puede oponerse su contraparte.	Contrato Sinalagmático: Se configura la bilateralidad dado que el contrato genera derechos y obligaciones recíprocas para las partes, las más visibles son las que implican la realización de los servicios públicos por parte del concesionario y el pago de la contraprestación económica respectiva a cargo del ente público concesionario.
Contrato Oneroso: En los dos segmentos de la figura jurídica en estudio se observa lo que Bejarano llama un “ <i>animus egoísta</i> ” (en contraposición al “ <i>animus altruista</i> ”) consistente en que los contratantes tienen la intención de recibir de manera recíproca una contraprestación de valor equitativa a la que dan.	
Contrato Conmutativo: Dado que las prestaciones que el gobierno espera recibir y prestar son ciertas desde el nacimiento del contrato.	Contrato Conmutativo: Aunque si bien en la parte de Derecho Privado de la concesión también son conocidas por las partes las prestaciones y derechos que les corresponderán, para el particular – concesionario se presenta una nota de incertidumbre ante la presencia de las cláusulas exorbitantes dado que, a través de estas, puede darse el retiro de la prestación de servicios de manera imprevista; sin embargo, tendrán el derecho a la retribución que corresponde acorde al principio del equilibrio financiero.
Contrato Formal: Las diversas leyes administrativas exigen no solo que la concesión se otorgue de manera escrita sino que además tenga un contenido específico que contemple la inclusión de cláusulas exorbitantes. Adicional a lo anterior, se requiere la comparecencia, por parte del ente público concesionario, de la representación de los funcionarios públicos que las leyes orgánicas respectivas precisen. Para su otorgamiento, es menester que la Administración Pública haya llevado a cabo el proceso legal que la normativa le exija (licitación pública, invitación restringida o adjudicación directa).	
Contrato Principal: Si bien, el contrato de concesión es principal, es necesario señalar que las leyes administrativas lo vinculan a otros actos jurídicos tales	Contrato Principal: Para la parte de Derecho Privado, la concesión encuentra su razón de ser en sí misma, es decir, que no depende de

como la determinación presupuestal previa a su celebración a fin de garantizar el flujo de recursos para el pago al concesionario, la celebración de un proceso previo a su celebración (licitación pública, invitación restringida o adjudicación directa), entre otros.	ningún otro contrato pues cumple de manera autónoma su función jurídico – económica.
Contrato de Tracto Sucesivo: Esto es así, dado que las contraprestaciones contenidas en la concesión se cumplen de manera escalonada a través del tiempo, es decir, que la vida del contrato es prolongada como resultado de la prestación periódica de los servicios públicos dentro de un determinado lapso que comprende la vigencia del contrato.	
Contrato Nominado: Las diversas leyes administrativas que regulan la concesión consideran su existencia ya sea de modo directo o indirecto, por lo cual, debe considerarse nominado.	Contrato Nominado: Si bien su tipificación es un hecho, la parte de Derecho Privado no se encuentra regulada por el Derecho Administrativo, lo cual será materia de un debate posterior en la presente tesis.

La base clasificatoria anterior sirve para definir al contrato de concesión para la prestación de servicios públicos y, con ello, delimitar su naturaleza jurídica. El concepto que se propone en la tesis es el siguiente:

***Acuerdo de voluntades propuesto por un ente público, llamado “concesionante”, al cual se adhiere un particular (persona física o moral) denominado “concesionario”, mediante el cual éste asume la prestación de un servicio público a cambio de una contraprestación económica, lo cual conforma un contrato bivalente con contenido de interés público y cláusulas de Derecho privado que salvaguardan, respectivamente, la continua y eficiente realización de dichos servicios y los derechos económicos que le corresponden al concesionario.***

Se concluye que la figura en estudio tiene una naturaleza jurídica “*sui generis*” dado que conforma un híbrido de disposiciones de orden administrativo y privado derivado de la disparidad de los sujetos intervinientes y sus respectivos objetivos.

La importancia de éste descubrimiento radica en el asentamiento de una teoría que implica la determinación de la real naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos lo cual conduce a la univocidad de esta figura que esclarecerá la existencia de una figura híbrida y abonará en su entendimiento teórico y jurisdiccional.

Se espera que esta clarificación servirá para que las partes intervinientes en dicho contrato puedan acceder de manera efectiva a los procesos existentes (administrativos en el caso de las cláusulas de Derecho público) o privados (en el

caso de acuerdos sinalagmáticos) que les permitan contar con una tutela judicial plena y, consecuentemente, gozar cabalmente la garantía de seguridad jurídica.

## **CAPÍTULO II.**

### **Revisión de las principales corrientes filosóficas del Derecho a la luz del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.**

En el presente capítulo se procederá al análisis de las corrientes filosóficas aplicables a la problemática analizada en el trabajo de investigación personal con la finalidad de enmarcar teóricamente la tesis.

La utilidad de la filosofía del Derecho, a decir de Bobbio, consiste en el apoyo que brinda para comprender el fenómeno jurídico independientemente del ambiente social en el que se manifieste y, además, ayuda a que el jurista atienda los valores de justicia que inspiran las reglas jurídicas que estudia poniéndolo en contacto con la comprensión de los condicionamientos ideológicos del sistema jurídico que debe interpretar<sup>127</sup>, de lo cual se infiere que, para que sea posible un estudio adscrito a la ciencia del Derecho, es menester tener una visión que trascienda el mero estudio técnico positivista. Es relevante referir que las tres partes de la filosofía del Derecho que considera éste autor son: la teoría del Derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica, ramas que se conjugan en el análisis efectuado en el presente capítulo.

Acorde a lo anterior se revisará el positivismo como elemento indispensable para conocer la situación de la figura del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos en el sistema jurídico mexicano pero se confrontará con el iusnaturalismo para aspirar a alcances cognoscitivos de mayor profundidad que proporcionen respuesta a los requerimientos de libertades de comercio y seguridad jurídica para los concesionarios.

En complemento a la posición iusnaturalista, se analizará la corriente garantista de interpretación constitucional y el principio de proporcionalidad con el consecuente método de ponderación para aquilatar los derechos en pugna.

De manera complementaria serán referidas dos corrientes de pensamiento que se consideran secundarias como lo son el realismo sociológico y el formalismo de dónde se extraerán ideas que servirán de apoyo para las corrientes principales.

Debe advertirse que, en un capítulo previo, se revisó y propuso el concepto del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos como un acto con naturaleza jurídica bivalente debido a que cuenta con características tanto de Derecho Público como de Derecho Privado; esta aclaración es pertinente ya que deberá tenerse en cuenta para la perspectiva filosófica que se estudiará a continuación.

---

<sup>127</sup> Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. Editorial Trotta. Bologna. 2011. P. 51.



II.1 Pertinencia del análisis positivista del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos como base para identificar la problemática de su bivalencia.

Cómo preámbulo al abordaje del tema de la presente tesis desde el punto de vista del positivismo, se revisarán las siguientes ideas.

Atienza afirma que el “*normativismo positivista*” implica la idea del Derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables acorde a criterios ajenos a la moral<sup>128</sup>.

Se justifica el análisis positivista en cuanto al aspecto denominado por Bobbio como “*teórico*” en cuanto a que éste implica un conjunto de aseveraciones relacionadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos (en el presente caso la concesión administrativa, la libertad de comercio y la tutela judicial efectiva) son descritos, interpretados y llevados a un nivel de generalización muy amplio para después ser unificados en un sistema coherente<sup>129</sup>, lo cual es compatible con el análisis de figuras tan diversas y complejas como las que están en estudio.

González Vicén referido por Atienza<sup>130</sup>, efectúa un interesante recuento de las razones por las cuáles cobró auge el positivismo a finales del siglo XVIII al señalar que en Occidente se impuso esa nueva visión del Derecho que consideraba que no existe un orden de la conducta con validez atemporal y universal (como lo afirma el Derecho natural) sino que debe estimarse acorde a un momento y lugar histórico, es decir, que sólo los preceptos que se encuentren contenidos en un cuerpo normativo, debido a que la sociedad en turno, a través de sus legisladores, los han considerados suficientemente valiosos y pertinentes para incluirlos en sus textos normativos, tendrán una fuerza vinculante y, por ende, válida, despreciando así todo lo que quede fuera de tal positivización.

Existen diversas tesituras en las corrientes de pensamiento que se adscriben al positivismo, algunas más radicales que otras, como el caso de la teoría pura de Kelsen quien consideraba al Derecho como un conjunto de normas coactivas que privilegian su análisis estructural. Éste autor sostenía una teoría voluntarista o prescriptivista en la que la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos aplicadores y su interpretación era una cuestión de fe, no de razón. Asimismo, estimó éste autor que no existen relaciones lógicas entre las normas, lo cual implica que no se pueden justificar racionalmente las decisiones jurídicas.

Se trae a colación la postura de León Duguit quien, en palabras de Bodenheimer, expuso una de las teorías más “extrañas” en los anales de la ciencia jurídica

---

<sup>128</sup> Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta. Madrid. 2013. P. 24.

<sup>129</sup> Ob. cit. pp. 103-104.

<sup>130</sup> Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. 1ª ed. Editorial Ariel. Barcelona. 2014. P. 118.

consistente en la intención de crear una teoría del Derecho completamente positivista, realista y empírica despojada de todo elemento de Derecho natural basada en la idea de la “*solidaridad social*”; esta posición implica la renuncia de los derechos que las leyes podían brindarle a los ciudadanos subsistiendo únicamente sus obligaciones, esto con la finalidad de servir al más alto bien común que es la cobertura de los servicios públicos, de tal modo que el gobernante debe asegurar el funcionamiento ininterrumpido de ellos. Bodenheimer criticaba esta teoría señalando que el concepto mismo de “*solidaridad social*” era contradictorio y, en todo caso, sólo podría conciliarse la idea que cada persona tuviese de ello, a través de la imposición de una dictadura que forzara al acatamiento de una particular interpretación de ella<sup>131</sup>. Si bien se coincide con la crítica hecha por Bodenheimer se considera que es únicamente aplicable respecto a la parte de Derecho Público contenida en las concesiones administrativas consistente en el aseguramiento de la prestación de los servicios públicos, cuestión que se tratará en un capítulo posterior.

Se estima que éste positivismo dogmático no da una respuesta satisfactoria a la problemática en estudio dado que el sistema jurídico mexicano sólo proporciona una definición mecanicista del contrato de concesión, es decir, no presenta un concepto que clarifique la naturaleza jurídica de dicho acto jurídico sino que se limita a describir su mecánica de operación; sin embargo, ni siquiera éste mecanismo es unívoco ya que, el término concesión se emplea indistintamente para operaciones diversas como lo son el permiso para la explotación y/o uso de bienes propiedad del Estado y, por otro lado para referirse a la subrogación en la prestación de servicios públicos a un particular; esta multivocidad del término provoca antinomias que serán revisadas más adelante.

Es importante hacer un paréntesis aquí para señalar que, con frecuencia, los términos autorización, licencia y permiso se utilizan como sinónimos de la concesión, lo cual es incorrecto; Calafell distingue estas tres figuras del siguiente modo: la autorización es un término genérico que puede ser de naturaleza administrativa o privada e implica que una persona faculta a otra para que ejerza un determinado cargo o función; el permiso es una autorización emitida por una autoridad para hacer o decir algo y la licencia es una autorización administrativa para la instalación de una industria, la apertura de un establecimiento comercial o para efectuar alguna actividad regulada como el caso de la conducción de un vehículo<sup>132</sup>. No obstante la aclaración anterior, los términos permiso y autorización serán empleados en su acepción literal para el apoyo de las ideas y conceptos vertidos en el presente capítulo sin dejar de entender que su concepto jurídico es claramente distinto al de la concesión que, si bien puede incluir el otorgamiento de permisos o licencias, tiene un alcance mucho más complejo que esto.

---

<sup>131</sup> Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. 2ª ed., 9ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 2014. Pp. 215-217.

<sup>132</sup> Ob. cit. Pp. 219-220.

Volviendo al tema del positivismo, existen autores con posiciones más moderadas, como la de Hart, quien fundamentalmente veía al Derecho como una combinación de los tipos de normas; por un lado se encuentran las primarias que establecen que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no y, por otro, las secundarias que indican que normas pertenecen al sistema, cómo se pueden crear y modificar nuevas reglas jurídicas y quién puede hacerlo, qué órganos deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y con qué consecuencias.

Esta actitud es necesariamente revisable para la problemática planteada en la presente tesis dado que debe conocerse la forma en que se conceptúa en el sistema legal la figura del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos así como las herramientas procesales que las leyes adjetivas brindan al concesionario para reclamar sus derechos económicos cuando sus contrapartes gubernamentales han incumplido obligaciones que resultan sinalagmáticas, de tal modo que se presenta una falta de unidad conceptual que conduce a la falta de una tutela judicial efectiva para el concesionario al obstaculizársele de manera grave el acceso a procesos judiciales eficientes, expeditos y satisfactorios que le restituyan en lo que legalmente le corresponde.

En éste orden de ideas, se revisa la figura de la concesión, como lo señala, García Máynez <sup>133</sup>, de un modo “*aestimativo*”, es decir, carente de una actitud valoradora, por lo que dicha revisión se limita a la distinción de preceptos legales como hecho, “*lo que es*” para poder llegar luego al “*deber ser*”.

Acorde a lo anterior, se analiza la figura jurídica de la concesión en un orden jerárquico, es decir, desde la Constitución federal, pasando por los ordenamientos secundarios federales, las leyes estatales y los reglamentos municipales.

Debido al incontable número de ordenamientos que regulan de una forma u otra el contrato de concesión y, dado que se dedica un capítulo entero al análisis positivista de dicha figura, en éste apartado nos limitaremos a tomar, a manera de muestra, normas jurídicas específicas que hacen referencia a la estructura del acto jurídico con la finalidad de conocer sus elementos.

#### Constitución federal:

La máxima legislación nacional es omisa en establecer una base conceptual del contrato de concesión ya que se limita a efectuar referencias implícitas poco esclarecedoras de la naturaleza jurídica de dicho acto jurídico.

Efectivamente, en la Constitución hace referencias meramente descriptivas de los casos en los cuales aplica, como lo podemos ver en el detallado análisis que se efectúa en el siguiente cuadro:

---

<sup>133</sup> García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 9ª. ed. Editorial Fontamara. México. 2013. P. 10

Cuadro II.1

Artículo	Referencia	Comentario
Artículo 6, apartado B, fracción IV y 28 párrafos Décimo Sexto, Décimo Séptimo y Décimo Octavo.	Se indica implícitamente que, en materia de radiodifusión y telecomunicaciones pueden otorgarse concesiones.	No define la figura ni los alcances del contrato de concesión, se limita a dar a entender la posibilidad de concesionar el espectro de radiodifusión y telecomunicaciones a particulares.
Artículo 27. Párrafo sexto.	Precisa que puede concesionarse el uso o aprovechamiento de los recursos naturales propiedad del Estado descritos en dicho artículo.	En esta disposición se plasma una de las acepciones del término concesión el cual implica la autorización otorgada por el Estado para que un particular pueda aprovecharse de bienes de dominio público.
Artículo 27, fracción I.	Se reitera la posibilidad de otorgar concesiones para la explotación de minas y aguas.	En el mismo sentido del recuadro previo, se emplea el vocablo concesión para el acto por medio del cual el Estado autoriza la explotación de bienes del Estado, en éste caso, minas y aguas.
Artículo 27, fracción VIII, inciso b).	Alude a concesiones dejadas sin efectos respecto a “composiciones o ventas de tierras, aguas y montes” en tierras ejidales otorgadas desde 1876 a través de las cuales se hayan efectuado invasiones y ocupado de manera ilegal ejidos.	Cómo puede observarse, la Constitución actual acarrea el término “concesión” de figuras denominadas como tal desde el siglo XIX, de lo cual se asume que ya en aquél entonces se le identificaba con permisos o autorizaciones para que particulares ocuparan un determinado inmueble.
Artículo 27, fracción XVIII.	Al igual que en el recuadro superior, se declaran revisables las concesiones hechas por gobiernos previos a 1876 que tengan como consecuencia el acaparamiento para una sola persona de tierras, aguas y riquezas propiedad de la nación mexicana.	Es aplicable el mismo comentario establecido en el recuadro anterior.
Artículo 28. Cuarto párrafo.	Este dispositivo prevé que, respecto a la comunicación vía satélite y los ferrocarriles, se pueden otorgar concesiones para que los particulares puedan explotar dichas áreas prioritarias.	Una modalidad adicional a la concesión para la explotación de bienes del dominio público, se encuentra la de la concesión para la utilización de vías de comunicación, cuestión que denota una segunda implicación al término “concesión”, con lo que se prueba la multivocidad de esa figura con las complejidades consecuentes.
Artículo 28. Undécimo párrafo.	Indica que el Estado puede concesionar los servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación. Asimismo se establece que las	Encontramos en éste párrafo dos acepciones distintas del término concesión: a) el empleado para indicar la subrogación que el Estado hace de la prestación de servicios públicos a particulares y que

	leyes deben señalar las modalidades y condiciones que garanticen la eficacia en la prestación de los servicios públicos.	corresponde a la figura analizada en el presente trabajo y b) El que corresponde a la autorización para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio público que ya hemos referido en líneas previas.
--	--	---

Como puede verse, nuestro máximo ordenamiento lejos de aportar unicidad al término “concesión” que guíase al resto del sistema legal, aporta tres ideas distintas del mismo; esta multivocidad genera una falta de precisión que provoca incertidumbre respecto a los alcances jurídicos del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos lo cual causa una afectación en la tutela judicial efectiva del concesionario cuando pretende exigir el cumplimiento de los derechos que le corresponden.

#### Legislación federal:

Como se observa en el cuadro II.1, la Constitución prevé diversas actividades prioritarias e indica la existencia de bienes propiedad del Estado cuya prestación, uso, aprovechamiento o explotación pueden ser concesionados a los particulares.

Derivado de lo anterior, procedemos a referir los siguientes ordenamientos:

- Ley Federal de Telecomunicaciones: En las fracciones XII y XIII de su artículo 3, que corresponde al apartado de definiciones, se indica la existencia de dos tipos de concesiones, la llamada “*concesión única*” que se define como el “*acto administrativo mediante el cual el Instituto confiere el derecho para prestar de manera convergente, todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones o radiodifusión*” y la de la “*concesión de espectro radioeléctrico o de recursos orbitales*” que se conceptúa como el acto mediante el cual el Instituto Federal de Telecomunicaciones otorga el derecho para usar, aprovechar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico o recursos orbitales. Como podemos ver, estas disposiciones en nada contribuyen a arrojar luz sobre la naturaleza jurídica de la concesión, sino que solo permiten deducir que se trata de permisos otorgados a particulares para que puedan aprovecharse de actividades consideradas como prioritarias, es decir, aquí el término “concesión” se usa en su acepción de “permiso o licencia”.
- Ley Minera: La fracción VI del artículo 7 de éste ordenamiento indica que la Secretaría de Economía, tiene la facultad de expedir “títulos de concesión mineras”, las cuales, a decir del artículo 10, se otorgan a fin de permitir a los particulares la exploración y explotación de los minerales o sustancias regulados en dicha ley. Como se puede observar, en esta legislación se utiliza el término “concesión” como un título a través del cual el Estado puede conceder el uso, explotación y aprovechamiento de bienes que originariamente le corresponde al Estado; sin embargo, dada la incapacidad

del mismo para llevar a cabo su operación, la subroga a terceros bajo determinados requisitos.

- El Reglamento para el uso y aprovechamiento del mar territorial, vías navegables, playas, zona federal marítimo-terrestre y terrenos ganados al mar: Este dispositivo prevé, aunque solo de forma implícita, el otorgamiento de concesiones para el uso y aprovechamiento de las zonas señaladas en su título. Por la misma naturaleza reglamentaria del ordenamiento no establece principios conceptuales ni define la figura de la concesión.

### Legislación Estatal:

La figura de la concesión se encuentra también presente en las legislaciones de las entidades federativas de nuestro país, lo cual hace ver una complejidad adicional a las revisadas con anterioridad que consiste en las variaciones encontradas en cada uno de estos órdenes jurídicos estatales.

Para efecto del análisis del presente apartado, nos limitaremos a revisar la legislación correspondiente al estado de Nuevo León para efectos de concisión.

La regulación de la concesión se encuentra en la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal para el Estado de Nuevo León, donde se observa que, en su artículo 26, inciso a) fracción X, se establece la posibilidad de que los Ayuntamientos resuelvan respecto a las concesiones de servicios públicos de su competencia con excepción de los de Seguridad Pública, Tránsito y Transporte Colectivo que se encuentran excluidos de la posibilidad de concesión.

En el capítulo VI del mencionado ordenamiento, se confirma la posibilidad de que los servicios públicos cuya obligación le corresponde al municipio, puedan ser concesionados a particulares y se regulan los procesos mediante los cuales tienen que otorgarse las concesiones (ya sea por la vía de la licitación pública, la invitación restringida o la adjudicación directa) y el contenido genérico que debe incluirse en éste tipo de contratos.

Encontramos en esta parte del análisis el tipo de concesión que ocupa a la presente tesis, es decir, la que corresponde a la subrogación que la Administración Pública efectúa a favor de un particular para que realice la prestación de un servicio público contra el pago de una contraprestación que deberá cubrir mediante la aplicación de la partida presupuestal que corresponda.

La problemática conceptual que encontramos en esta ley es que tampoco aporta una definición ni aclara, en consecuencia, la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, lo cual nos obliga a interpretar el articulado regulatorio de estos actos jurídicos para concluir que estos tienen una naturaleza bivalente ya que, por un lado se establecen cláusulas exorbitantes que le permiten al Estado fijar obligaciones a cargo del concesionario sin una

bilateralidad directa con una contraprestación para el ente público, establecer causales de revocación con posibilidad de ejecución administrativa, es decir, extra judicial y la posibilidad de recuperar la prestación del servicio público cuando así lo ameriten las circunstancias que muestren un riesgo a la continuidad y eficacia en la realización de dichos servicios y, por implica una prestación de servicios por parte del concesionario y a favor del ente gubernamental concesionante, lo cual conlleva la presencia de cláusulas sinalagmáticas, es decir, de cumplimiento bilateral, por lo cual el concesionario debería contar con un mecanismo adecuado de defensa de sus derechos oponible eficazmente al Estado.

Cabe señalar que los artículos 144 y 145 de la citada Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal para el Estado de Nuevo León prevé también la figura de la concesión como medio para conceder el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público estatal o municipal, lo cual vuelve a traer la presencia de la multivocidad del término que complica la adecuada interpretación de la figura.

En conclusión a éste punto, el problema que se percibe con un análisis meramente positivista de la figura en estudio es que esta posición adolece de una rigidez que incide en una falta de visión hacia el alcance de objetivos ideales tales como la justicia, la libertad o el beneficio común de los gobernados, por ello, el presente trabajo debe enriquecerse con visiones que van más allá de la prescripción legal e internarse en los campos del realismo, el iusnaturalismo y su derivado, el garantismo constitucional.

El mismo Kelsen señalaba que, para que un orden jurídico nacional fuese válido, necesariamente tiene que tener eficacia, lo cual implica que los hechos deben acontecer en una cierta medida con ese orden<sup>134</sup>, situación que escapa al positivismo estricto dada la falta de textos normativos que proporcionen una claridad respecto a la vía procesal que debe elegir el concesionario cuando persigue una tutela judicial por parte de los órganos jurisdiccionales.

Para cerrar éste punto, se hace referencia a Bobbio quien indicaba que la tarea de la filosofía del Derecho es la de romper los “*diques que mantienen a las disciplinas jurídicas tradicionales en el embalse artificial de un sistema positivo*”<sup>135</sup>, lo cual se interpreta como la necesidad de trascender el mero estudio de la legislación que regula la figura de la concesión para la prestación de servicios públicos para llegar a un estudio más profundo que alcance temas como el conocimiento profundo de una figura jurídica, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva frente a las libertades de comercio y seguridad jurídica en correlación con el interés público.

---

<sup>134</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*. 2ª ed. Ediciones Coyoacán. México. 2012. P. 52-53

<sup>135</sup> Ob. cit. P. 59

Una última consideración que vale la pena señalar respecto al positivismo es la crítica que de dicha postura del Derecho hace Alfonso Noriega (citado por Juventino V. Castro)<sup>136</sup> quien manifestaba un sentimiento de “horror” ante las trágicas consecuencias que acarrearía la afirmación de que sólo a través del positivismo el bien y la justicia podrían ser alcanzados ya que las normas que persigan tan alto fin tendrían que provenir, necesariamente, de un mandato del Estado, es decir, del gobierno en turno que, como la historia lo ha demostrado, puede implicar la imposición de las más desatinadas, autoritarias o sesgadas normas jurídicas.

## II.2. Revisión del realismo sociológico como corriente aplicable a la tesis sostenida.

Atienza hace referencia a la corriente denominada “*realismo jurídico*” a la cual se suscriben los doctrinarios que consideran que el Derecho no debe identificarse con las normas sino con las conductas, es decir, con el comportamiento humano, especialmente el de los jueces (cita del libro “*El sentido del Derecho*”)<sup>137</sup>.

El precitado autor, en su obra “*Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*” indica que el realismo sociológico estima que el Derecho es una práctica para cumplir fines sociales y no un fin en sí mismo, es decir, se trata de una realidad que está por hacerse dado que su marco contextual es una sociedad en transformación<sup>138</sup>.

Si bien la problemática de los contratistas de entidades gubernamentales que carecen de una tutela judicial efectiva cuando pretenden exigir el pago de contraprestaciones económicas a las concesionantes es, en principio coincidente con el positivismo en cuanto que suscribe la teoría de las fuentes sociales del Derecho y separan conceptualmente el Derecho de la moral, la concepción empirista del realismo es instrumentalista dado que rechaza la identificación del Derecho con “las reglas sobre el papel” contemplando al Derecho como transformador social, situación que se busca al percibir antinomias, desfases e incongruencias en las normas que regulan la figura de la concesión administrativa, por ello, es menester considerar no solamente las normas válidas sino también las eficaces, al igual que los intereses, los fines, los valores sociales y otros elementos que componen lo que, a decir de Atienza, se denomina la “*maquinaria del Derecho*”<sup>139</sup>.

Considera el multicitado autor (en su citada obra “*El sentido del Derecho*”) que esta corriente presenta un fallo estructural dado que, si bien los “realistas” revisan al Derecho desde un punto de vista conductista, debe recordárseles que, las

---

<sup>136</sup> Castro, Juventino V. *Garantías y amparo*. 10ª ed. Editorial Porrúa. México. 1998. P. 21.

<sup>137</sup> Ob. cit. P. 70.

<sup>138</sup> Ob. cit. p. 25.

<sup>139</sup> Ibidem p. 30.



conductas que implican una toma de decisiones jurisdiccionales configuran, al fin y al cabo, una forma normativa<sup>140</sup>.

A pesar de la deficiencia ideológica previamente destacada, se estima que la búsqueda de la eficacia normativa hace atendible la teoría del realismo al presente trabajo dado que, lo que se pretende, es encontrar las antinomias e incongruencias en el sistema positivo mexicano a fin de ir en pos de normas que no solo resulten válidas sino además eficaces.

## II.2.1 Revisión del formalismo como corriente aplicable a la tesis sostenida.

Otra perspectiva que es conveniente referir es la de la corriente de pensamiento denominada “*formalismo*” que pregona que el Derecho consiste en una serie de reglas preexistentes al aplicador de modo tal que, la toma de decisiones jurídicas (salvo excepciones marginales) no exige una deliberación y resulta así relativamente previsible. En términos argumentativos implica que el razonamiento jurídico opera dentro de ciertos límites (institucionales, autoritarios) que no existen, por ejemplo, en la moral.

Los seguidores de esta corriente parten de varios presupuestos que se proceden a confrontar con el estudio que se efectúa:

- a) *El Derecho es un sistema completo y coherente.* Esta aseveración es incorrecta para el caso en estudio dado que ni la ley suprema de nuestro país ni las leyes secundarias o las de las entidades federativas resuelven el problema de desentrañar la naturaleza jurídica del contrato de concesión administrativa ni, por lo menos, de darle una unicidad al término, lo cual provoca antinomias que redundan afectaciones a las esferas jurídicas de los concesionarios-comerciantes.
- b) *Sólo los legisladores y no los tribunales pueden crear Derecho.* Esto se interpreta como la acción de descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor y no en innovar o desarrollar el Derecho. Esta aseveración es falsa dado que es un hecho que los tribunales, al efectuar sus interpretaciones de los documentos normativos cuando estos no resuelven de manera clara los casos concretos, se convierten en verdaderos creadores de Derecho para casos concretos, lo cual es necesario para dar una solución a la problemática planteada en esta tesis dado que los órganos jurisdiccionales son una parte esencial en la debida interpretación de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos reconociendo su naturaleza bivalente y, con ello, brindar certeza procesal a los concesionarios cuando exigen las prestaciones que les corresponden en la relación jurídica respectiva lo cual

---

<sup>140</sup> Ob. cit. p. 70.

redundaría en garantizarles seguridad jurídica a través de una tutela judicial efectiva.

- c) *En atención a que se considera a la certeza y previsibilidad como los máximos valores del Derecho, los cambios jurídicos deberían reducirse al mínimo.* Es criticable esta afirmación dado que la inmovilidad del Derecho no sólo no asegura certeza y previsibilidad sino que puede llegar a generar anquilosamiento de las normas, por ello, es importante que el Derecho se adecúe a los constantes cambios que requiere la sociedad. En el caso de la presente tesis, se ha observado que la falta de dinamismo de los ordenamientos que regulan el contrato de concesión han provocado antinomias producto de la falta de una definición adecuada de la figura jurídica en estudio, por ello, es básica una reconsideración de la regulación respectiva.
- d) *El Derecho verdadero se compone de reglas generales y abstractas fijadas en “libros jurídicos”.* Es criticable también esta postura dado que, la misma abstracción y generalidad de las normas hace necesaria su interpretación jurisdiccional para los casos concretos sin que por ello, se les pueda negar a esta clase de pronunciamientos la categoría de “Derecho verdadero”.
- e) *Los conceptos jurídicos poseen una lógica propia que permite deducir soluciones sin tomar en cuenta elementos extrajurídicos* (como lo son las consecuencias sociales de las decisiones judiciales o los valores morales de las normas).
- f) *Las decisiones de los jueces sólo pueden justificarse de una manera deductiva,* es decir, acorde a un silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracta y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se subsume.

Atienza indica en su obra “*Curso de Argumentación Jurídica*” que esta concepción del Derecho se encuentra desacreditada teóricamente ya que, entre otras razones, la teoría del silogismo implica una simplificación excesiva de la argumentación judicial con lo cual coincidimos, razón por la cual no se abundará en esta posición<sup>141</sup>.

### II.3 Revisión del ius naturalismo como corriente asimilable a la tesis sostenida.

La corriente teórica del iusnaturalismo se basa en la idea de un orden contenido en una serie de principios con validez para todos los tiempos y lugares al cual deben subordinarse la validez del Derecho positivo.

La idea aglutinadora de las diferentes corrientes del Derecho natural consiste en que existen ciertos principios morales y de justicia que resultan universal e imperecederamente válidos por lo tanto, ningún sistema que los desatienda o se adecúe a ellos, podrá ser considerado como jurídico. La crítica de esta corriente

---

<sup>141</sup> Ob. cit. Pp. 22.

doctrinaria al positivismo consiste en que éste es imperfecto y mutable y, por tanto, dependerá para su validez de su ajuste a los principios generales del derecho<sup>142</sup>.

Uno de los primeros y primordiales autores que asentaron esta teoría fue Hugo Grocio quien tuvo como mérito el separar la ciencia del Derecho de la teología al aseverar que hay un Derecho natural fundado no en la metafísica religiosa, sino en la naturaleza misma del hombre. Los principales postulados que comprendían su idea del iusnaturalismo eran: la abstención de transgredir lo que le pertenece a otros; cumplir los pactos y promesas hechas a otras personas; indemnizar a las personas que fueron dañadas de manera culposa por otros y castigar a las personas que lo merezcan<sup>143</sup>.

Esta corriente de pensamiento fue predominante hasta finales del siglo XVIII cuando inició la positivización de los Derechos, esto aconteció debido a que el jurista dejó de requerir al Derecho natural como instrumento con el cual operar dado que los sistemas jurídicos positivaron normas de origen iusnaturalista.

No obstante lo anterior, han surgido diversas variantes iusnaturalistas en el siglo XX tales como el llamado “escolástico” o “neo escolástico”, que se estima no han promovido la argumentación ya que su preocupación esencial es la determinación de la esencia del Derecho, mostrar las conexiones entre el orden jurídico-positivo y un orden de naturaleza superior que, en último término, se basaba en creencias religiosas. Como consecuencia de lo anterior, los iusnaturalistas no se han interesado en cómo funciona el Derecho en cuanto a realidad determinada social e históricamente, sino más bien han usado el Derecho natural como una ideología escapista encaminada a justificar el Derecho positivo.

También ha habido excepciones a la idea anterior como en el caso de ciertos escritos de Radbruch donde defiende la idea de que la validez del Derecho no puede provenir del Derecho positivo sino de valores de carácter suprapositivo extraíbles de la “*naturaleza de la cosa*”. Afirma éste autor que la idea del Derecho contiene varias nociones de valores, entre las cuales se encuentra la justicia por lo tanto, cuando una ley es extraordinariamente injusta, por ejemplo las de la Alemania nazi (se identifican también para efectos de esta parte del estudio las del Apartheid Sudafricanas y las de segregación racial en los EEUU), carece de validez y, por ende, no existe obligación de obedecerla.

Fuller aportó una manera peculiar de entender el iusnaturalismo al señalar que el Derecho no consiste esencialmente en una serie de normas sino que es una “*empresa*”, es decir, una actividad dirigida a satisfacer ciertas finalidades. El Derecho natural es una serie de requisitos procedimentales que provocan una

---

<sup>142</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, Cáceres Nieto, Enrique. *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1987. P. 27.

<sup>143</sup> Ob. cit. Pp. 158-159.

moralidad interna del Derecho, situando esta idea particularmente en la economía de mercado, donde consideraba que, bajo sus condiciones, los deberes se hacían más “apetecibles” y entendibles dado que implicaban una contraprestación implícita<sup>144</sup>.

Un punto nodal para la comprensión de esta corriente es la idea de que el derecho natural es un conjunto de principios éticos primeros, que están planteados de un modo muy general y que deben ser tomados como guía por el legislador para la formulación de las normas positivas<sup>145</sup>, de aquí parte una de las posiciones de la presente tesis que consiste en la idea que, la falta de univocidad y determinación de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos repercute en un quebrantamiento del principio de libertad de comercio al obstaculizar la debida comprensión de dicha figura que causa, a su vez, una falta de tutela judicial efectiva o, en los casos más graves, una falta de acceso a la justicia para los concesionarios que pretenden exigir sus derechos económicos.

El más influyente autor iusnaturalista de los últimos tiempos es John Finnis (citado por Atienza en su “Curso de Argumentación Jurídica”) quien enarbola la tesis de que la tarea central del Derecho natural es: a) la exploración de las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano; b) identificar los principios y límites del Estado de Derecho (*rule of law*) y c) mostrar de qué modo el Derecho válido (*sound*) proviene de determinados principios inmodificables<sup>146</sup>.

Estas ideas de Finnis son compatibles con la temática de la presente tesis en cuanto a lo siguiente:

- a) El primer punto que comprende la idea de la tarea del iusnaturalismo para el autor en referencia, implica el explorar las exigencias de la razonabilidad práctica correlacionada con el bien del ser humano lo cual presenta una disyuntiva que hace relevante el presente estudio cuando se pretende circunscribir de manera exclusiva al campo del positivismo el análisis de las consecuencias del contrato de concesión administrativa dado que las normas jurídicas vigentes no brindan una solución clara para el acceso a la tutela judicial efectiva para los concesionarios ya que se enfrentan a antinomias que impiden que estos tengan una justicia pronta, expedita y concreta. Por ello, es menester recurrir a una suerte de amalgama entre el positivismo y el

---

<sup>144</sup> Macleod-Cullinane, Barry. *Lon L. Fuller and the Enterprise Law*. Legal Notes no. 22. Libertarian Alliance. London. 1995. P. 1. ISSN 0267-7083 ISBN 1 85637 286 3. Versión electrónica localizable en: <http://www.libertarian.co.uk/lapubs/legan/legan022.pdf>. Referido también por Atienza en su “Curso de Argumentación Jurídica”, ob. cit. p. 27.

<sup>145</sup> Prólogo de Luigi Ferrajoli a la obra “*Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*” de Norberto Bobbio. Ob. cit. P. 15.

<sup>146</sup> Ob. cit. p. 27.

iusnaturalismo que consideramos se alcanza a través del garantismo que revisaremos en un apartado posterior.

- b) Se pretende encontrar los límites del Estado de Derecho al estar involucrados temas de Derecho Público (la prestación de un servicio público) y Derecho Privado (el derecho de libre comercio) cuya ecuación se ve confrontada cuando el ente público concesionante deja de cubrir las prestaciones económicas que le corresponden al particular-concesionario como resultado de la realización de los trabajos inherentes a la prestación de servicios; esto es así dado que, al momento de elegir una vía jurisdiccional para exigir coercitivamente sus derechos descubre que tiene una disyuntiva entre la administrativa o la civil pero ambas presentan inconvenientes. La administrativa parecería aplicable en lo subjetivo y en lo objetivo. En lo subjetivo dado que, la parte demandada en esta clase de conflictos lo es un ente público; en cuanto a lo objetivo, la finalidad de satisfacer un servicio público asigna al contrato de concesión cláusulas exorbitantes derivadas de la parte administrativa de dicho acto jurídico por lo cual se sitúa en la esfera de lo administrativo. Frente a esta idea de la jurisdicción del Derecho público se presenta la confrontación del Derecho privado inherente a los concesionarios para exigir, por una vía jurisdiccional civil (o inclusive mercantil) el cumplimiento de obligaciones adscritas a la prestación de servicios. Efectivamente, como lo vimos en un capítulo anterior, la imprecisión conceptual del contrato de concesión provoca que los límites de lo administrativo con lo privado se difuminen ocasionando un conflicto jurisdiccional que repercute en una falta de tutela judicial efectiva para los multicitados concesionarios dado que los operadores jurisdiccionales de ambos ámbitos cuentan con argumentos para rechazar las acciones respectivas.
- c) El tema de los límites del estado de derecho es particularmente relevante para la delimitación de la problemática de la tesis dado que se presenta la coyuntura en la cual los contratos de concesión administrativa tienen la función esencial de garantizar la prestación de los servicios públicos a fin de que la población no se vea privada de los mismos independientemente de los avatares de la relación jurídica y comercial que sostengan concesionante y concesionario; sin embargo, esto no debería oponerse al derecho del particular que presta el servicio concesionado para que reciba lo que le corresponde dado que, en ejercicio de su libertad de comercio, debe recibir de manera oportuna la contraprestación económica y demás derechos que le corresponden acorde al pacto contractual respectivo.

No obstante lo expuesto con anterioridad, Finnis no consideraba que la “*razón natural*” podía proporcionar respuestas correctas para todos los casos que se le pudiesen presentar a un juez.

Bobbio resume en seis argumentos la crítica al iusnaturalismo, las cuales compartimos: 1) El derecho natural no es eficaz, debido a que; 2) no alcanza el objetivo que tienen los sistemas positivistas ya que estos si pueden garantizar la paz y la seguridad a través de su coercibilidad; 3) el derecho positivo se ha extendido por todos los campos que anteriormente solo se atribuían al iusnaturalismo; 4) el concepto de “naturaleza” es sumamente equívoco hasta el punto que se ha llegado a considerar como igualmente naturales derechos que resultan opuestos; 5) aun en el supuesto de que hubiese unanimidad sobre lo que se considera “natural”, no habría un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto y 6) aun ante la unanimidad de lo que resulta justo o injusto, esto no brindaría un acuerdo sobre lo que resultaría válido para un particular momento<sup>147</sup>.

A pesar de las objeciones previamente expuestas, se considera necesario recurrir a las corrientes de pensamiento extra positivistas debido a que el sistema jurídico nacional no resuelve de manera adecuada la problemática del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos desde un punto de vista conceptual ni desde uno procesal. Bilbao señala que, cuando en un contrato se presentan posiciones de un desequilibrio de fuerzas, es decir, entre una parte “fuerte” y una “débil”, esta segunda no dispone de condiciones igualitarias para disponer de la misma libertad para concertar o no una determinada relación ni tampoco se le da la oportunidad de discutir el contenido de las cláusulas pactadas y exigir su cumplimiento, por lo que la posición del más fuerte anula, en buena medida, la libertad del más débil. Si bien, la parte débil (en este caso el concesionario) se adhiere al contrato propuesto por la fuerte (el ente público concesionante) y con esto manifiesta su apego a los términos contractuales, la anulación de la libertad se produce cuando la parte desfavorecida queda en una situación aún peor que la que tenía antes de celebrar el contrato, como lo sería el supuesto en que el concesionario no recibe la contraprestación económica que le corresponde como resultado de la prestación de servicios afectando las inversiones realizadas y poniendo en riesgo la continuidad de su empresa<sup>148</sup>. Se concuerda con lo anterior ya que el concesionario no solo no interviene en la creación del contenido del contrato de concesión, sino que se le impone el mismo lo cual repercute en un desequilibrio contractual que provoca excesos por parte del Estado tanto en la operación del contrato como en su cumplimiento y trasciende a una influencia con las ramas jurisdiccionales del Estado que dificulta de tal manera la obtención de justicia para el concesionario agraviado por la falta de cumplimiento de su co contratante que se traduce en un impedimento al acceso a la justicia.

---

<sup>147</sup> Ob. cit. p. 168.

<sup>148</sup> Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 22, enero-junio 2010. P. 465. Localizable en versión electrónica en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a17.pdf>

#### II.4 Asimilación de la legislación frente al constitucionalismo garantista.

Se estima que la corriente del garantismo viene a conciliar, en cierto grado, el positivismo y el iusnaturalismo, esto es así dado que, si bien, es necesario acudir a las normas vigentes y de aplicación coercitiva que regulan la figura de la concesión, en lo sustantivo y los códigos que regulan la parte adjetiva a la cual podrían acudir los concesionarios que pretenden ejercer la tutela judicial, es decir, al Derecho positivo, por otra parte, el garantismo pregona el respeto a los derechos fundamentales del particular – concesionario, especialmente las referentes a la libertad de comercio y la de seguridad jurídica.

Efectivamente, el garantismo implica un cambio del paradigma tanto del Derecho como de la democracia gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad política se condicionan al apego a las garantías fundamentales establecidas en las constituciones. Esta idea de Ferrajoli<sup>149</sup> se complementa al considerar que el constitucionalismo garantista representa un pleno desarrollo del positivismo jurídico.

Orozco Henríquez (en su contribución en el texto “*Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*” coordinado por Tamayo y Salmorán) tiene una opinión similar a la vertida con anterioridad cuándo señala que los positivistas jurídicos no están en oposición a la existencia de ciertos “derechos humanos” o garantías individuales compatibles a los principios generales de derecho reconocidos por los iusnaturalistas con el matiz de que estos deberán estar plasmados en el texto constitucional correspondiente configurados como “derechos subjetivos”<sup>150</sup>.

Esta teoría supone, entre otras cosas lo siguiente: el Derecho no puede verse únicamente como una realidad ya otorgada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino, adicional y fundamentalmente, como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación.

Lo anterior implica un cierto objetivismo valorativo que asume que los derechos humanos no son simples convenciones sino que se fundan en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada, por lo que se asigna una especial relevancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica.

Acorde a lo previamente indicado, se otorga cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer los valores del “legalismo”.

El ideal del jurista constitucionalista es la integración coherente de la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

---

<sup>149</sup> Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2014. Pp. 9-10.

<sup>150</sup> Ob. cit. p. 35.

Esta concepción del Derecho, a decir de Atienza en su “*Curso de Argumentación Jurídica*”, implica una mayor demanda de justificación, es decir, de argumentación tanto en términos cuantitativos como cualitativos y conduce a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento “insular” sino que, necesariamente, deberá contener componentes morales y políticos sin desconocer sus peculiaridades (la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre Derecho, moral y política)<sup>151</sup>.

El enfoque del Derecho como argumentación implica un trasfondo pragmatista, entendiendo por esto no una teoría o filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar lo cual debería responderse afirmando que sólo aquella que parta de la primacía de la práctica, es decir, que se únicamente la que se encuentre enfocada a mejorar el Derecho y al mundo social es digna de ser perseguida, por ello, la pretensión de primera mano de la presente tesis es identificar las deficiencias en la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos a fin de aportar teorías que permitan mejorar el Derecho y, consecuentemente la interacción social entre los entes públicos concesionantes y particulares – concesionarios a través del acceso a la tutela judicial efectiva.

No es factible comprender la existencia de un estado democrático de Derecho que no tenga como principal ocupación la protección de las garantías individuales de un modo eficiente, amplio y digno a través de un sistema que permita un margen mínimo de seguridad jurídica; en el caso concreto, la garantía que se vulnera es la de libre comercio dado que la falta de una adecuada estipulación de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos en nuestro sistema legal genera antinomias que conducen a una falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios que requieren exigir sus derechos económicos por la vía jurisdiccional.

Si bien, desde la perspectiva constitucional (párrafo 11 del artículo 28 constitucional correlacionado con la fracción III del artículo 115) se tiene que, para la ciudadanía en general, se protege su derecho a contar con servicios públicos eficaces respecto a las siguientes funciones: *a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales b) Alumbrado público c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; d) Mercados y centrales de abasto. e) Panteones. f) Rastro. g) Calles, parques y jardines y su equipamiento; h) Seguridad pública, policía preventiva municipal y tránsito; e i) las demás que las legislaturas estatales establezcan atendiendo a las condiciones geográficas, sociales y económicas de las municipalidades considerando su capacidad técnica, financiera y administrativa.*

---

<sup>151</sup> Ob. cit. pp. 29-30.



El derecho de la ciudadanía a percibir estos servicios públicos, en correlación con el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, se ve constantemente contrapuesto a la garantía de libertad de comercio consagrada para los comerciantes que actúan como concesionarios.

Efectivamente, el artículo 5 constitucional indica que no se puede impedir a persona alguna dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que prefiera, siempre y cuando estos no sean ilícitos; esta libertad sólo puede ser coartada por orden judicial, si se vulneran derechos de terceros o por una orden gubernamental cuando se ofenden los derechos de la sociedad. En la parte final de éste artículo se indica que nadie puede ser privado del producto de su trabajo a menos que medie una orden judicial; por lo tanto, la falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios no sólo les restringe el acceso a las garantías de seguridad jurídica sino también la de libre comercio ya que el incumplimiento de la concesionante su contraprestación económica ocasiona la privación del producto de la prestación del servicio efectuado por el concesionario.

Se coincide con las ideas de Reséndez cuándo señala que, al perderse un patrimonio o una parte sustancial de éste al renunciar o acceder a la restricción de ciertos derechos en un contrato, se limita el libre ejercicio de una actividad lo cual lesiona libertades fundamentales que, eventualmente, llegan a poner en riesgo la subsistencia de las personas<sup>152</sup>.

La anterior afirmación se reflejaría en el tema que nos ocupa del siguiente modo: el concesionario que se ve privado de la falta de pago o de cualquier otra contraprestación económica que le corresponda por la prestación de servicios públicos que no pueda acceder a una vía jurisdiccional que le garantice de manera expedita y eficaz el ejercicio de su acción de reclamo contra el ente gubernamental concesionante, ve afectada su libertad fundamental de libre empresa al ver comprometida una buena parte de su patrimonio sin una expectativa cierta de recuperación de lo que le corresponde.

Efectivamente, la falta de tutela judicial efectiva incide en la libertad de comercio del concesionario dado que la enorme dificultad que representa el obtener una resolución efectiva y oportuna que le permita percibir las remuneraciones económicas que le corresponden como consecuencia de los servicios prestados a la entidad pública concesionante, se traduce en un obstáculo para cumplir con su objeto social dado que la falta de liquidez repercute en la operación de la empresa lo que, eventualmente, conduciría a afectaciones en la planta productiva derivado de las grandes inversiones que regularmente tienen que efectuarse para poder llevar a cabo éste tipo de proyectos.

---

<sup>152</sup> Reséndez Bocanegra, Pedro Javier. *Protección al derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad*. 1ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2014. P. 34.

Respecto a la tutela judicial efectiva, Ferrajoli señala que se trata realmente de una garantía<sup>153</sup> cuya principal función es la justiciabilidad de las violaciones de los derechos dado que se encamina a eliminar o reducir el daño producido a una persona en particular, o bien, a cohibir o castigar a los responsables de una conducta indebida. La importancia de la jurisdicción radica en que ningún derecho puede existir sin que esté acompañado de la tutela jurisdiccional, es decir, que se cuente con un medio, establecido por el Estado, para hacerlo valer, incluso de manera coercitiva, lo cual, según se comprobará en la presente tesis, ocurre en el caso de los concesionarios que exigen el cumplimiento de los derechos que les corresponden, esto es así ante la reiterada negativa de los jueces civiles y los magistrados administrativos a resolver controversias en las cuales se pretende el cumplimiento de un ente gubernamental concesionante.

La contraposición a que nos referíamos en líneas anteriores corresponde a la consideración del sujeto concesionante como ente gubernamental y el objeto del contrato que es de interés público y, por lo tanto, identificado con el Derecho administrativo pero, por otro, tenemos a su co contratante que es un particular quien presta sus servicios y se suscribe a cláusulas sinalagmáticas que conceden derechos y estipulan obligaciones recíprocas.

Esta disyuntiva conceptual provoca equívocos al momento de someter las controversias a un órgano jurisdiccional dado que los jueces del poder judicial encargado de decidir litigios provenientes del Derecho privado, declinan su competencia a la administrativa debido a la idea de que el contrato de concesión tiene invariablemente dicha naturaleza, o bien estiman que, al tratarse de un litigio contra un sujeto de Derecho público, necesariamente debe ser resuelta la controversia en la vía contencioso administrativa pero, por otra parte, los tribunales administrativos se encuentran restringidos para conocer de controversias derivadas de relaciones de coordinación entre autoridades y particulares, como lo es el caso de la concesión en estudio al tener como objeto una prestación de servicios, debido a ello, estos tribunales también proceden al desechamiento de éste tipo de litigios dejando sin una tutela judicial efectiva al concesionario afectado en sus intereses económicos.

Vale la pena hacer un alto en éste punto para señalar la importancia de la adecuada protección de la libertad de comercio de los concesionarios como empresarios desde un punto de vista jurídico y uno genérico. La consideración desde el restringido punto de vista jurídico se refiere a la salvaguarda del derecho fundamental inherente y el general al hecho de que la actividad económica de las empresas constituye el motor de crecimiento económico de las naciones. El

---

<sup>153</sup> Taruffo, Michele. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2012. Pp. 26-27.

Derecho y la ciencia de la Economía se encuentran íntimamente ligados según se puede observar en las expresiones jurídicas plasmadas en los diversos sistemas legales nacionales que regulan la propiedad y sus modalidades así como la riqueza, su acumulación y su distribución.

En referencia con la distribución de la riqueza, Muñoz Fraga indica que esta se regula legalmente a través de cuatro figuras: el salario, el lucro, la renta y el interés; para efectos del presente estudio, la que reviste mayor importancia es la del lucro respecto al cual éste autor indica que implica una forma de participación en la riqueza nacional y, desde el punto de vista jurídico, consiste en la ganancia o utilidad que se obtiene gracias a la realización de determinados actos jurídicos lícitos (o ilícitos si estos se efectuaron en exceso o desproporción) y a los cuales se les atribuye consecuencias de derecho <sup>154</sup>. Esta figura remite al concepto de “especulación comercial” contenido en el Código de Comercio que sirve para considerar como comerciales determinados actos, lo cual es concordante con la posición del concesionario quien, si bien actúa como subrogatario de un ente gubernamental en la prestación de un servicio público, esto para él es secundario, dado que su principal objetivo será la obtención de una ganancia lícita por la realización de la actividad correspondiente, luego entonces, le resulta esencial contar con una libertad comercial no sólo para llevar a cabo su actividad, sino también para percibir las contraprestaciones económicas que legalmente le corresponden, de ser necesario, a través de acciones judiciales, por ello es primordial contar con un sistema legal que le permite acceder a la justicia.

Este conflicto de criterio se genera debido a una falta de definición de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que brinde unidad legal al sistema. Esta deficiencia redundante en una contradicción procesal que imposibilita al concesionario al acceso adecuado y suficiente a una plataforma jurisdiccional que le provea una tutela judicial efectiva al encontrarse el juzgador frente a una posición donde tiene que optar por dos caminos igualmente difusos: por un lado tiene que considerar la posibilidad de que la controversia sea resuelta a través del Derecho privado que, a decir de Kelsen<sup>155</sup>, consiste en la relación de sujetos “iguales” y el Derecho público, donde se presenta la figura de la supra – subordinación, es decir, la presencia de factores de “poder” o de “dominio” de una de las partes (el ente público concesionante en el presente caso) que goza de dicha posición derivado del valor jurídico superior que se le concede a los órganos del Estado; sin embargo, esta posición es equívoca o, por lo menos, confusa, dado que, como se vio en el capítulo primero de la presente tesis, el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos tiene una composición híbrida al contar con elementos administrativos (cláusulas exorbitantes que aseguran la prestación continua y eficaz de los servicios públicos) pero también sinalagmáticos donde ambas partes

---

<sup>154</sup> Ob. cit. Pp. 142-143.

<sup>155</sup> Ob. cit. P. 181.

tienen que cumplir obligaciones y gozan de derechos en un nivel igualitario; desconocer lo anterior sería atentar contra el derecho de libre comercio de la parte privada.

El objetivo del establecimiento de los “derechos humanos” o “garantías individuales” o “libertades fundamentales” en el texto constitucional atiende a la necesidad de impedir la intervención indebida de los órganos estatales en una determinada esfera de la actividad de los individuos<sup>156</sup>, como en éste caso es la libertad de comercio. Esto se interpreta para el caso concreto, como un límite de acción por parte de los concesionantes que puede consistir en la fijación de reglas claras para el cumplimiento de sus obligaciones sinalagmáticas a través del despojo de su calidad supra ordenadora ante una controversia que debiera tener un carácter meramente civilista; si bien, el objeto de un contrato de concesión de prestación de servicios públicos tiene un interés público porque debe garantizarse el continuo abasto de los servicios de que se trate, esto no debe coartar el derecho del concesionario a percibir la contraprestación económica que le corresponda. La clarificación de esta figura jurídica brindaría un marco legal adecuado para que el concesionario pueda ejercer debidamente la libertad de comercio y goce de una seguridad jurídica que le permita percibir los derechos económicos que válidamente le correspondan como prestador de servicios a un ente público.

II.4.1 La aplicación del juicio de ponderación para la búsqueda de una proporcionalidad entre la utilidad de los servicios públicos frente a la garantía de libertad de comercio.

La ponderación, figura propuesta por Alexy, es relevante para el presente estudio debido a la naturaleza híbrida del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se propone en esta tesis.

Se entiende por ponderación la actividad consistente en la medición de dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos cuenta con un peso mayor ante circunstancias específicas y, en consecuencia, cuál es el que debe prevalecer en la solución de un caso concreto<sup>157</sup>.

Se considera aplicable la ponderación al caso en estudio, dado que el contrato materia del presente trabajo presenta notas tanto de Derecho público, como de Derecho privado, lo cual lleva, a su vez, a la identificación de dos intereses que pareciesen encontrados; estos intereses son, por un lado, la obligación del Estado

---

<sup>156</sup> Ob. cit. P. 37.

<sup>157</sup> Bernal Pulido, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Estudio contenido en la obra “Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional”, coordinada por Antonio Flores Saldaña. Tirant Lo Blanch México. México. 2013. P. 94.

de proporcionar servicios públicos de manera oportuna, continua y eficiente a los gobernados y, por otro, la libertad de comercio que le compete al concesionario – empresario consistente en la posibilidad de llevar a cabo su actividad sin ataduras ni menoscabos derivados de la falta de cumplimiento de las obligaciones de los entes públicos concesionantes.

Así, encontramos dos derechos en tensión, el Derecho público que debe garantizar, a toda costa la prestación de los servicios públicos y, por otro, el derecho fundamental del particular – concesionario, a ejercer la libertad comercial.

Se ha elegido la visión que Ferrajoli expone respecto a los derechos humanos en su obra denominada “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, como elemento de referencia para valorar la aplicación del criterio de ponderación que revisamos en el presente numeral.

Este autor identifica a los derechos fundamentales como aquellos “*derechos subjetivos*” que corresponden de modo universal a todas las personas. Estos derechos subjetivos pueden tener dos formas: a) una expectativa positiva (de recibir alguna prestación), o b) una expectativa negativa (de no sufrir lesiones en su esfera jurídica). Asimismo, Ferrajoli identifica cuatro clases de derechos fundamentales:

- 1) Los derechos humanos: Son los derechos primarios que corresponden a todas las personas de manera indistinta (derecho a la vida, a la integridad de la persona, libertad personal, seguridad jurídica, entre otras)
- 2) Los derechos públicos: Son también derechos primarios pero únicamente corresponden a los ciudadanos (derecho de residencia, de libertad de circulación, derecho al trabajo, etc.)
- 3) Los derechos civiles: El autor los considera como derechos secundarios y le corresponden a todas las personas capaces de obrar. En estos derechos se circunscriben la capacidad de obrar, la potestad negocial, la libertad contractual, libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos aquellos derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se basa el mercado. Esta categoría será la que nos interese para efecto de la ponderación de los derechos que le correspondan al concesionario en el marco del contrato de concesión.
- 4) Los derechos políticos: También se consideran derechos secundarios atribuibles únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar (derecho al voto, derecho a acceder a cargos públicos y, en general, todos aquellos en los cuales se manifiesta la autonomía de voluntad para pronunciarse en el campo del ejercicio político)<sup>158</sup>.

Acorde a lo anterior, encontramos dos posibles puntos de tensión en la operación de la figura del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos; por

---

<sup>158</sup> Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta Editorial. Madrid. 2007. Pp. 22-23

un lado, el derecho que tiene todo ciudadano a percibir los servicios públicos de manera continua, eficiente y suficiente y, por el otro, el ejercicio de la libertad de comercio del concesionario y su garantía de acceso jurisdiccional. La tarea en el presente apartado será determinar si esta tensión provocaría la necesidad de una ponderación que resulte en la determinación de primacía de un derecho frente a otro a fin de que, el que prevalezca, se mantenga universal e indisponible.

Si bien el derecho ciudadano a ser prestatario de los servicios públicos detallados en la fracción III del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se encuentra expresamente contenido en la parte dogmática de dicho ordenamiento, debe interpretarse que esta garantía se deduce de los párrafos quinto y sexto del artículo 4 de esta misma norma que establecen el derecho de las personas a un medio ambiente sano por lo que el Estado debe asegurarlo; asimismo, todas las personas tienen el derecho al acceso a los recursos hídricos.

En correlación con esto, la mencionada fracción III del artículo 115 de la norma constitucional indica que los municipios tienen a su cargo la prestación de servicios públicos tales como agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; alumbrado público; limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos, mercados y centrales de abasto, entre otros; lo cual, en una interpretación armónica con el transcrito artículo 4, nos haría ver que estos servicios se encuentran coaligados con los derechos fundamentales a un medio ambiente sano y el acceso al agua, por lo tanto, tendrían que ser ubicados, conforme a la clasificación de Ferrajoli, en la primera categoría, es decir, la de los “*derechos humanos*”<sup>159</sup>; a éste respecto, Carbonell indica que los conceptos “*derechos fundamentales*” y “*derechos humanos*” no son equivalentes ya que, mientras estos consisten en libertades y derechos reconocidos en las declaraciones y tratados internacionales (además de tener una connotación prescriptiva y deontológica) se distinguen de aquellos en que no necesariamente se encuentran configurados en el Derecho positivo, aun y cuando deberían estarlo; mientras tanto, los “*derechos fundamentales*” cuentan con un sentido más preciso y estricto, ya que solo se refieren al conjunto de derechos y libertades jurídicas debidamente positivados<sup>160</sup>.

Por su parte, la libertad de empresa y la de accionar en juicio (indispensables para garantizar la tutela judicial efectiva a los concesionarios que pretenden exigir jurisdiccionalmente sus derechos económicos frente al ente público concesionante) estarían categorizados en el tercer cajón de la clasificación ferrajoliana, es decir, en el de los “*derechos civiles*”.

---

<sup>159</sup> Respecto a las denominaciones en referencia (Carbonell, 2006)

<sup>160</sup> Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie doctrina jurídica, número 185. México. 2004. P. 6.

Es conveniente abundar respecto al derecho de libre empresa para entender su cabal importancia independientemente de que el mismo se encuentre en una categoría “secundaria” como la ubica Ferrajoli. Como lo señala en su clasificación de los derechos fundamentales, la libertad de comercio comprende: la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir, la de cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho a accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos a través de los cuales se manifiesta la autonomía privada y, sobre los que se funda el mercado.

Esta categorización como “secundaria” de los llamados “derechos civiles”, atiende a la idea de que, cuando los intereses patrimoniales privados se oponen a los intereses de la mayoría, es decir, cuando un particular ejerce un derecho patrimonial buscando un beneficio propio queda sujeto a un marco de acción limitada por los derechos fundamentales de quienes les rodean. Si bien se comparte esta posición, se estima que esta ponderación no es necesariamente aplicable al contrato de concesión para la prestación de servicios públicos cuando se revisa su parte pública y privada, esto es así, dada la división propuesta de su naturaleza jurídica.

Efectivamente, el contrato en cuestión tiene una parte de Derecho público que es irreductible, esto es así dado que los gobernados tienen el derecho fundamental a recibir servicios públicos de manera oportuna, eficiente y plena, es por ello que dicho acto jurídico no es negociable sino que es impuesto por el ente público que concede mediante la estipulación de las llamadas “cláusulas exorbitantes” (entendidas por Fraga como las que impone el Estado debido al objeto que los contratos administrativos persiguen, es decir, una finalidad de orden público)<sup>161</sup>; sin embargo, frente a esta naturaleza administrativa, se enlaza un acto jurídico privado consistente en la prestación de servicios que el particular accede prestar sujetándose al contrato de adhesión que le ha sido impuesto. Esta relación jurídica adyacente origina la libertad comercial a favor del empresario-concesionario que implica, principalmente, la libertad de empresa (entendida aquí como la facultad de percibir la contraprestación económica que le corresponde por la realización de los servicios concesionados) y el derecho a accionar en juicio (que implicaría la tutela judicial efectiva para exigir y obtener lo que legalmente le corresponde), derecho el cual no debe subordinarse a la causa de interés público de los servicios que ha realizado.

Visto desde otra óptica, independientemente del alto fin que tiene la prestación de los servicios públicos, no debe ni es necesario subordinar la libertad de comercio a la prestación de los servicios públicos ya que las cláusulas exorbitantes que se fijan en la parte administrativa aseguran la prestación de los mismos (a través de las prerrogativas que permiten al ente público dar por terminado el contrato de pleno derecho ante el incumplimiento del concesionario y tomar la prestación de

---

<sup>161</sup> Ob. Cit. P. 246.

servicios de manera directa o reasignarlos a un tercero) lo cual no es incompatible con las indemnizaciones que le corresponderían al concesionario ni, mucho menos, con el derecho a percibir la contraprestación económica derivada de la prestación de los servicios efectuados.

Conviene abundar sobre la importancia de la libertad de empresa desde el punto de vista económico, para lo cual se rescatan las ideas que el premio Nobel de Economía, Amartya Sen, vertió en su libro *"The idea of Justice"*.

En dicha obra, Sen menciona que la eficiencia económica es la razón de los contratos, de tal modo que las partes presentan al mundo del Derecho sus intenciones socioeconómicas a través de una propuesta funcional del orden normativo con la intención de obtener beneficios. Señala este autor que la prosperidad económica ayuda a las personas a ejercer de manera efectiva sus libertades, por lo tanto, la libertad para participar en el intercambio económico ayuda significativamente al desarrollo y a la estructura social, por ello, el crecimiento económico, tanto individual como colectivo, requiere la remoción de obstáculos que frenen el ejercicio de las libertades<sup>162</sup>. Lo anterior hace ver que, la libertad de comercio y su modalidad, el derecho a percibir la contraprestación económica que razonable y legalmente le corresponde al concesionario, no sólo implica un derecho patrimonial individual, sino que contribuye al fortalecimiento económico de la sociedad en general.

Reséndez opina que la libertad, entendida como derecho fundamental, consiste en la capacidad de reflexión y de decisión de un sujeto, respetando la misma capacidad de otros y que esta tiene un desdoblamiento en dos partes que adecuaremos al presente estudio:

a) Expectativa negativa: Que consiste en la confianza de no sufrir lesiones en los derechos propios, lo cual implica la abstención de los poderes públicos a establecer obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio. Benjamin Constant, quien acuñó éste término, denominaba a estos derechos como de *"no impedimento"* o *"no constricción"*. Entendida esta libertad como la facultad mediante la cual una persona puede disponer de sí misma y de sus derechos sin restricciones impuestas por otros; esto se hace compatible con la idea de que los concesionarios de servicios públicos deben tener la prerrogativa de ejercer plenamente sus derechos de libre empresa que comprende la facultad de percibir las contraprestaciones económicas que le corresponden sin restricciones ni ataduras (devenidas ya sea de su co contratante gubernamental que se niegue injustificadamente a pagarle o de la falta de respuesta oportuna, eficaz y satisfactoria de los órganos jurisdiccionales a los que exponga su petición judicial) y, eventualmente, a contar con la posibilidad de accionar jurisdiccionalmente

---

<sup>162</sup> Sen, Amartya. *The idea of Justice*. Harvard University Press. Cambridge. 2009. P. 313.



que le permita acceder a una tutela judicial efectiva que lo restituya de lo que le corresponda.

b) Expectativa positiva: Consistente en los derechos de autonomía, es decir, de los derechos que crean un ámbito de libre desarrollo del titular de los mismos. Estos derechos se encuentran garantizados por el Estado a fin de evitar interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de otros individuos. Constant la denominaba como “*autodeterminación o autonomía*”<sup>163</sup>.

Acorde a lo anteriormente expuesto, se observa que los derechos patrimoniales, entre los cuales se encuentra el de libre empresa, se distinguen de los derechos fundamentales en que aquellos son singulares, es decir, le corresponden a un titular determinado excluyendo al resto de las personas, mientras que los otros corresponden común y armónicamente a todos; así, los derechos patrimoniales solo podrán ser ejercidos por los individuos, en éste caso los concesionarios de servicios públicos, en la esfera de sus bienes y patrimonio a través de las relaciones jurídicas sostenidas con su contraparte gubernamental. Reséndez identifica a los derechos patrimoniales con “*relaciones horizontales*”, es decir, relaciones de tipo civilista entre iguales, por el contrario, los derechos fundamentales se verifican a través de “*relaciones verticales*” donde el Estado actúa en una situación preponderante garantizando el goce de dichos derechos a las personas. Si bien se coincide en principio con la idea de éste autor, es necesario aclarar que, el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, presenta características de ambos tipos dado que se presenta una “*relación vertical*” en cuanto a que el contrato tiene una finalidad de interés público y a que su contenido es determinado por el Estado pero, a la vez, se produce una “*relación horizontal*” al momento en que el empresario – concesionario acepta los términos del acto jurídico en mención y surgen derechos y obligaciones para ambas partes<sup>164</sup>.

Una opinión que vale la pena traer a colación en este momento para dar cabal dimensión al derecho patrimonial (particular) frente al derecho de la colectividad de recibir servicios públicos, es la aseveración de Rawls en el sentido de que toda persona cuenta con una inviolabilidad fundamentada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar, es por ello que la justicia niega que la pérdida de libertad para una persona pueda considerarse justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. Por ello, en una sociedad justa, deben darse por establecidas de manera definitiva las libertades de igualdad de ciudadanía que no pueden ser subordinadas a “*regateos*” políticos ni al cálculo de intereses sociales<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Ob. cit. Pp. 12-13.

<sup>164</sup> Ob. cit. p. 26.

<sup>165</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª. ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2000. P. 17.

Las bases fijadas de manera previa nos hacen concluir que los derechos en confrontación son la garantía fundamental para las personas de contar con un medio ambiente sano y el acceso al agua potable (la recepción de servicios públicos) y, por otro, el derecho patrimonial que le asiste a los empresarios (en éste caso los concesionarios) de ejercer la libre empresa, de lo cual deriva la seguridad jurídica traducida en una tutela judicial efectiva que les permita la reintegración de las prestaciones económicas que les correspondan y, a través de lo cual, puedan seguir ejerciendo el comercio irrestrictamente.

Se coincide con Reséndez en cuanto a la conveniencia de echar mano a los principios de ponderación y proporcionalidad cuando se enfrentan cuestiones de Derecho privado y constitucional dado que no es factible considerar, como reglas inamovibles que: a) la libertad de decidir constituya un valor supremo a proteger frente a cualquier limitación que provenga de otro ordenamiento; b) la autonomía de la voluntad civilista (alterada en el caso de los contratos de concesión administrativa) sea independiente del ejercicio de los derechos fundamentales y, por lo tanto, tenga que recibir un trato distinto y c) que el Estado pueda intervenir en la regulación o limitación del ejercicio de la libertad de decidir y la de libre contratación<sup>166</sup>.

Las afirmaciones precedentes son atingentes cuando se ponen en la mesa dos derechos que parecieran estar en tensión: por un lado el del acceso a los servicios públicos, que resulta de orden público y fundamental a cargo del ente público concedente de la concesión y, por otro, el del libre comercio, que es un derecho civil (según la clasificación de Ferrajoli) que importa intereses particulares para los concesionarios.

Ahora bien, siguiendo la estimación tripartita mencionada en el párrafo anterior, se estima que, en el caso en estudio, la libertad de empresa no puede ser plenamente ejercida si no es estimada en su pleno alcance y esta debería comprender la libertad de decidir traducida en una libertad de empresa que, a su vez, derive en la facultad de recibir las prestaciones que correspondan y, en su caso, la protección jurisdiccional debida; por lo cual se considera que la autonomía de la voluntad manifestada por las partes en el contrato de concesión no debe ser considerada como independiente de los derechos fundamentales sino una manifestación de la misma. El riesgo existente en el tercer inciso establecido por el autor y que puede reflejar la tensión entre los derechos, es que el Estado es juez y parte en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, esto es así porque: 1) es quien elabora de modo unilateral el contenido clausular del contrato; 2) es parte en el contrato al ser el concedente de la concesión; 3) tiene facultades extraordinarias (derivado de las cláusulas exorbitantes contenidas en el contrato) para resolver de pleno derecho la concesión privando así al concesionario de la posibilidad de continuar prestando los servicios públicos

---

<sup>166</sup> Ob. cit. pp. 30-31.

respectivos y 4) en caso de un conflicto jurisdiccional, quien conocerá del litigio y, en su caso, de su resolución, será otro ente público que pertenece a su mismo orden jurídico. Esto no puede generar otro resultado más que una limitación al ejercicio de la garantía de libre comercio del empresario – concesionario.

A primera vista pudiese parecer claro que la tensión se resuelve diáfananamente a favor de la garantía de las personas a un medio ambiente sano a través de la recepción de servicios públicos dado que se trata de un derecho fundamental oponible universalmente frente a un derecho privado, como lo es el de la libre empresa, que le corresponde a personas en lo individual; sin embargo, se estima que la solución de esta aparente confrontación se resuelve si se considera la teoría de la naturaleza híbrida del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se ha expuesto en la presente tesis; esto es así, dado que, mediante esta teoría, puede hacerse una separación de las partes de Derecho público y Derecho privado del contrato asignando así un valor independiente al interés público consistente en que las personas accedan de manera continua, eficaz y suficiente a los servicios públicos para lo cual se pactan condiciones exorbitantes mediante las cuales el Estado pueda asegurar su prestación y frente a ello, se reconozca la coexistencia de un acto jurídico bilateral mediante el cual el concesionario se obliga a prestar dichos servicios y la concesionante a cumplir con las obligaciones económicas derivadas de la realización de los mismos; de éste modo, el Estado tendrá la posibilidad de resolver el acto jurídico cuando tenga justificación para asegurar la prestación de servicios públicos, pero esto no implicará “*per se*” que el concesionario tenga que privarse de lo que legalmente le corresponda por las labores prestadas. Una implicación esencial de esta teoría es que proporcionaría a los concesionarios una vía procesal clara para exigir sus derechos que les permite acceder a una tutela judicial efectiva.

En suma, se estima que si bien el órgano jurisdiccional al cual le corresponda el conocimiento de un conflicto de derechos entre concesionante y concesionario debe sopesar el principio de ponderación para evaluar la importancia de cada uno de los derechos en juego, también debe considerar la teoría de la naturaleza bivalente del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos a fin de determinar si el litigio que se pone a su consideración es de naturaleza pública o de Derecho privado para afinar la “mira jurisdiccional” y así poder brindar una tutela judicial efectiva al concesionario.

Resulta conveniente hacer mención a la idea de Sánchez Gil relativa a la unidad del ordenamiento jurídico, es decir, a la consideración de éste como un todo que incluye tanto la Constitución como las leyes ordinarias; esto trae como consecuencia que la norma fundamental forma parte de un sistema constitucional lo cual implica que todas las normas integrantes de dicho sistema tienen el mismo valor, lo cual es de tenerse como “principio general” y como punto de partida de la argumentación constitucional, por ello, el significado que se dé a las disposiciones constitucionales no tendrá más remedio que ser congruente con lo establecido con

las otras dado que la Constitución no puede tener contradicciones ya que todos sus preceptos son de igual jerarquía. Derivado de la idea anterior, la jurisprudencia mexicana ha tomado la postura de no tener a las normas participantes en un conflicto como contradictorias o conflictivas, sino tener a la prevalente como “excepción” al ámbito de aplicación de la otra; es decir, si dos normas constitucionales aparentan contradecirse en un caso particular, el intérprete deberá racionalizar dicha oposición y concluir que realmente el ordenamiento las “coordina”, haciendo inaplicable a una de ellas en las circunstancias específicas de la situación en que se enfrentan, volviendo a la otra “*lex specialis*” para él <sup>167</sup>.

Se trae a colación la referencia anterior por su compatibilidad con la idea de que, en el caso que ocupa a la presente tesis, los aparentemente opuestos principios constitucionales que garantizan el acceso a los servicios públicos y el de la libertad de comercio, realmente coexisten en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos; sin embargo, la teoría de su naturaleza jurídica bivalente (administrativa y civil) puede remediar la tensión y acercarla al campo de las compatibilidades acorde a una interpretación sistemática.

#### II.4.1.1 Aplicación del método de la ponderación al caso concreto.

A efecto de concretar lo expuesto con anterioridad se expone para efectos ilustrativos la ponderación de los derechos identificados en pugna en la tesis.

La metodología de la ponderación establecida por Alexy establece tres elementos: 1) la estructura de la ponderación, 2) la ley de la ponderación y 3) las cargas de la argumentación, mismas que vamos a revisar a continuación:

1) La carga de la ponderación: La máxima que ilustra éste elemento es la siguiente: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”.

Alexy establece tres variables respecto a éste elemento, en la primera considera una escala triádica para la determinación del grado de afectación de los principios, señalando que esta puede ser leve, mediana o intensa.

Una segunda variable a analizar, cuando no es fácilmente solucionable la ponderación, es considerar si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero, a esto se le denomina “peso abstracto”. Esta valoración se basa en el reconocimiento de que, en ocasiones, los principios que entran en colisión, tienen la misma jerarquía debido a que se encuentran en el mismo cuerpo normativo (como en el caso del derecho a percibir servicios públicos y el de la libertad de comercio, localizables en la Constitución federal).

---

<sup>167</sup> Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*. Segmento de la obra *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coordinada por Miguel Carbonell. 4ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2015. Pp. 286-287.

Cuándo persisten las dudas sobre la prevalencia de alguno de los principios, entra en juego una tercera variable, consistente en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en disputa pueden tener una mayor o menor grado de certeza. El autor le asigna la letra “S” como identificación de esta consideración. Acorde a éste punto, el ponderador debe preguntarse ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios concurrentes más la certeza de las premisas empíricas para determinar si la importancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la afectación o no satisfacción del otro? Acorde con Alexy, esto es posible a través de la llamada “fórmula del peso”.

## 2) La fórmula del peso.

A través de diversas ecuaciones, Alexy documenta las tres variables establecidas en la carga de la ponderación a fin de asignar a los principios en pugna valores que darán como resultado la determinación de cuál de ellos es el predominante.

Acorde al estudio que se realiza, podemos emular el ejercicio propuesto por Alexy del siguiente modo:

a) El primero de los principios es el de la garantía constitucional del conglomerado ciudadano a percibir servicios públicos adecuados, suficientes y continuos, al cual, en el cuadro ilustrativo, se denominará “*PiC*”.

b) El segundo principio es la libertad de comercio que le corresponde al concesionario prestatario de servicios públicos, al que en el cuadro ilustrativo se llamará “*PjC*”<sup>168</sup> (Carbonell, 2006).

La fórmula se basa, según explica Bernal Pulido, en los tres elementos de la ponderación que revisamos con anterioridad y se expresa del siguiente modo: “*El peso del principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$ , considerando las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del Principio  $P_i$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por un lado, y el producto de la afectación del principio  $P_j$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación por otra*”<sup>169</sup>.

Acorde a lo anterior, se asignarán los siguientes valores a la fórmula para la ponderación del caso que ocupa a la presente tesis:

---

<sup>168</sup> Alexy, Robert. La fórmula del peso. Segmento de la obra *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coordinada por Miguel Carbonell. 4ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2015. Pp. 1-9.

<sup>169</sup> Ob. cit. P. 100.

Para el Principio a):

*Cuadro II.2*

Determinación del principio	Asignación de valor <sup>170</sup>	Razonamiento
Circunstancias del caso concreto (IPiC)	<b>1</b>	La afectación del principio de garantía de la recepción de servicios públicos se considera leve desde el punto de vista concreto dado que, la libertad de comercio del concesionario no causa “ <i>per se</i> ” el riesgo de dejar de percibirlos.
Peso abstracto (GPjA)	<b>4</b>	En cuanto a lo abstracto, se le asigna a éste principio el grado máximo de intensidad ya que el derecho a la salud y a la vida dependen de garantizar el acceso a servicios públicos adecuados.
Seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación. (SPjC)	<b>2</b>	Se asigna un grado medio dado que empíricamente existe, aunque de manera remota, la posibilidad de que las disputas económicas entre el ente público concesionante y el concesionario puedan afectar, aunque sea temporalmente, la prestación adecuada de los servicios públicos.

La fórmula resultante del primer principio quedaría del siguiente modo:

*Cuadro II.3*

$\text{Principio PjC} = \frac{\text{IPiC (1)} \times \text{GPiA (4)} \times \text{SPiC (2)}}{\text{WPjC (2)} \times \text{GPjA (2)} \times \text{SPjC (4)}} = \frac{8}{16} = \mathbf{0.5}$			
--	--	--	--

Para el Principio b)

*Cuadro II.4*

Determinación del principio	Asignación de valor	Razonamiento
Circunstancias del caso concreto (WPjC)	<b>2</b>	Si bien, en el caso concreto, el concesionario tiene teóricamente la posibilidad de intentar acciones judiciales contra su contraparte gubernamental a fin de recuperar lo que le corresponde por la prestación de servicios concesionados, su libertad de comercio se ve afectada ante los graves obstáculos jurisdiccionales que se le

<sup>170</sup> Acorde a la asignación de valores de Alexy, para una intensidad leve se asigna 1, para una intensidad media 2 y para una intensa 4.

		presentan debido a la falta de una regulación adecuada de la figura de la concesión, por ello, se le asigna un valor medio.
Peso abstracto (GPjA)	<b>2</b>	Confrontado con la garantía a la salud y la percepción de servicios públicos adecuados y suficientes, la libertad de comercio es comparativamente menos importante dado que la primera es de interés público por corresponderle a la colectividad y esta es de carácter particular; por esta razón se le asigna una intensidad media.
Seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación (SPjC)	<b>4</b>	Como se demostrará en un capítulo posterior, la afectación de la libertad de comercio es concreta y real ante una regulación inadecuada del contrato de concesión, esto es así dado que el concesionario se ve afectado en el acceso a una tutela judicial efectiva, lo cual le impide percibir los derechos económicos que legalmente le corresponden.

La fórmula resultante del segundo principio quedaría del siguiente modo:

*Cuadro II.5*

$\text{Principio PjC} = \frac{\text{WPjC (2)} \times \text{GPjA (2)} \times \text{SPjC (4)}}{\text{IPiC (1)} \times \text{GPiA (4)} \times \text{SPiC (2)}} = \frac{16}{8} = \mathbf{2}$
--

El resultado, así establecido, correspondería a un mayor peso para el principio de la libertad de comercio para el concesionario que pretende hacer valer sus derechos (2) frente al que correspondería a la recepción de servicios públicos en el caso concreto de una disputa en un contrato de concesión administrativa (0.5).

3) Un último elemento en la teoría de la ponderación sería el denominado “cargas de la argumentación” el cual se contempla para los casos de empate en los valores en disputa una vez aplicada la fórmula de la ponderación señalada en el punto anterior.

Si bien en el caso concreto no resultó un empate, es importante señalar que Alexy resalta la importancia de la argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica, lo cual, se estima se ha desarrollado adecuadamente en el presente apartado dejando en claro la coexistencia de ambos principios mediante la aplicación de la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.

II.4.2 Los enfoques del Derecho de Atienza aplicados a la bivalencia del contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.

En su obra titulada “*Curso de Argumentación Jurídica*”<sup>171</sup>, Atienza identifica tres enfoques del Derecho, a saber:

Enfoque estructural: Esta perspectiva se identifica con el normativo jurídico y parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. El autor metafóricamente lo equipara a la descripción de las partes de un edificio jurídico y el ensamblaje de estas entre sí.

Enfoque funcional: Esta segunda vertiente la relaciona el doctrinario con las posiciones realistas del Derecho que lo correlacionan con la conducta de los jueces y operadores jurídicos; para esta forma de pensar, lo que importa es el Derecho en acción, el derecho realmente eficaz. El símil empleado por Atienza indica que éste enfoque determina para que sirven cada una de las partes del edificio jurídico y las funciones que cumple en el contexto en el que está inserto, es decir, el conjunto de la sociedad.

Es atractiva esta forma de enfocar el Derecho dado que inmiscuye a los jueces que son parte elemental para darle un sentido a la teoría de la bivalencia de los contratos de concesión para la prestación de servicios, esto es así ya que estos pueden ser la solución en el entendimiento de los alcances de dicha idea al plasmar sus criterios en las resoluciones jurisdiccionales que les competen.

También es útil la perspectiva del análisis sectorial de cada una de las partes del problema jurídico que se atiende en la presente tesis dado que debe hacerse una revisión de varios elementos entre los que se encuentra la conceptualización del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, la búsqueda de la univocidad del término, el entendimiento de su doble naturaleza jurídica (la administrativa y la privada), la tutela judicial efectiva para los concesionarios y las vías procesales apropiadas para la exigibilidad de las prestaciones correspondientes, entre otras cuestiones; en suma, deben diseccionarse cada uno de los elementos que comprenden la problemática en cuestión.

El Enfoque ideal: Como iusnaturalista, Atienza relaciona éste enfoque con el Derecho natural en cuanto a que contiene una propuesta de lo que habría de entenderse como “Derecho racional”; siguiendo su metáfora estructural, aquí se hablaría no de un edificio construido sino uno modélico, lo que él llama el “*Derecho justo*”.

Un enfoque ideal de la problemática de la naturaleza bivalente del contrato de concesión debería contemplar la coexistencia armónica de dos aspectos fundamentales: por un lado el aseguramiento del derecho de las personas a recibir

---

<sup>171</sup> Ob. cit. Pp. 19-20.



servicios públicos de manera uniforme, continua y eficiente (que corresponde al Estado garantizar) y, por otro, el de los concesionarios a ejercer de manera plena su libertad de comercio.

Dentro de éste enfoque ideal, es pertinente traer la idea de Vitale quien afirma que el Estado debe procurar la protección de los derechos fundamentales y armonizarlos con las libertades patrimoniales de tal modo que estas encaucen el desarrollo económico y social de la comunidad<sup>172</sup>.

El autor en cita señala que su perspectiva presupone las tres posiciones anteriores y las unifica al pretender mejorar el diseño y el desarrollo de una “ciudad” a partir de un modelo ideal que, sin embargo, debe irse adaptando continuamente a la realidad.

En concordancia con esta posición, se comparte la idea de Carpizo Mac Gregor respecto a la conveniencia de implicar la interpretación teleológica con éste enfoque ideal ya que ella busca el significado de un precepto acorde con su finalidad.

Independientemente de que cada precepto constitucional tiene su propio finalidad, es importante destacar que existe un sistema de valores y principios dentro de la propia Constitución que determinan sus propios fines; por ello, se estima que el principal criterio interpretativo de la Constitución federal es el que indica que esta norma debe ser interpretada del modo más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales lo cual condiciona a todo el sistema constitucional al cumplimiento de los valores y principios esenciales que actúan como sus fines.

Efectivamente, la finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para el hombre, es decir, su libertad y dignidad. Su relevancia es mayor dado que, a través de ella, puede cambiar el sentido gramatical de la Constitución modificándola, anulándola o vivificándola<sup>173</sup>.

Según Linares Quintana (citado por Díaz Revorio), existen siete reglas para la interpretación constitucional, a saber:

- 1) Debe prevalecer el sentido finalista que es garantizar la libertad y dignidad humanas. En el enfoque que se le da al presente trabajo de investigación la preocupación radica en el aseguramiento de la libertad de comercio para los empresarios que operan una concesión, entendiendo por esta garantía la posibilidad de que el comerciante ejerza sin obstáculos su actividad y tenga acceso a la justicia para ser retribuido en lo que legalmente le corresponde cuando ha efectuado debidamente la prestación de los servicios públicos que se le asignó.

---

<sup>172</sup> Vitale, Ermanno. *Defenderse del poder, por una resistencia constitucional*. Trotta. Madrid. 2012. P. 100.

<sup>173</sup> Carpizo Mac Gregor, Jorge. *La interpretación constitucional en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1975. P. 385.

- 2) Debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico.
- 3) Las palabras incluidas en la ley suprema deben ser interpretadas, primeramente, en su sentido general y común, a menos que sea claro que el legislador se refirió a un sentido técnico-legal.
- 4) Debe ser considerada como un todo en un sentido armónico. Como se mencionó anteriormente, la armonía debe buscarse entre las disposiciones constitucionales que en el contrato de concesión parecen enfrentarse, es decir, entre el derecho a la recepción de servicios públicos y la del libre comercio.
- 5) Deben considerarse las situaciones sociales, económicas y políticas que existen en el momento de realizarse la interpretación.
- 6) Las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo.
- 7) Los actos públicos se presumen constitucionales si mediante la interpretación pueden ser armonizados con la Constitución.

En suma, se considera que la problemática de esta cuestión es precisamente determinar cuáles son los valores y principios que deben ser privilegiados, por lo tanto, el espíritu y finalidad de la Constitución es materia de interpretación.<sup>174</sup>

Si bien, se estima que el método de la ponderación que se expuso en un punto antecedente del presente capítulo es útil para resolver conflictos normativos entre principios o valores del mismo ordenamiento constituido en la ley suprema, éste no es definitivo en cuanto a que una buena parte del mismo se basa en criterios subjetivos del intérprete, por ello, se ha estimado pertinente utilizar como método complementario, el teleológico, mediante el cual se procederá a revisar los fines últimos de las disposiciones en revisión para obtener armónicamente un resultado coherente, aceptable y congruente con los análisis a realizar, lo cual se desarrollará en el siguiente numeral.

## II.5 Antinomias en la operación jurídica de los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.

La falta de una tutela judicial efectiva para los particulares que pretenden exigir a los entes que les concesionaron la realización de un servicio público se debe a las antinomias que presentan las normas reguladoras de la figura del contrato de concesión administrativa.

Como se expuso en un capítulo anterior, el derecho positivo mexicano regula de manera equívoca la figura de la concesión, esto es así, ya que identifica, al menos, dos acciones gubernamentales netamente distintas: por un lado utiliza el

---

<sup>174</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*. Revista Quid Juris. Número 6. Año 2008. Pp. 7-38.

término para aludir a las autorizaciones otorgadas a los particulares para que exploten un bien que corresponde al dominio público, como en el caso de las minas, aguas, espectros de telecomunicación, etc., y, por otro, alude a un contrato de prestación de servicios mediante el cual subroga a un particular la realización de un servicio público (como lo puede ser el servicio de limpia, alumbrado público, suministro de agua potable, etc.); lo cual denota la multivocidad del término.

En lo que respecta al contrato de concesión para la prestación de servicios públicos existe una laguna no colmada por la legislación vigente que consiste en la falta de una definición que clarifique la naturaleza jurídica de dicho acto jurídico; efectivamente, el derecho positivo no considera la inclusión de un concepto del contrato en los reglamentos municipales ni las leyes estatales como tampoco lo hace en la legislación federal e, inclusive, esta omisión se extiende a la Constitución federal. Esta situación provoca antinomias al momento en que los juzgadores tienen que resolver un litigio relacionado con el cumplimiento de cláusulas sinalagmáticas entre las partes dado que, la falta de definición provoca la duda de si la vía a seguir es la administrativa o la civil.

Respecto a las antinomias y lagunas, es conveniente traer a colación la opinión de Guastini<sup>175</sup> quien señala que estas se presentan de los siguientes modos:

- a) Cuando en un sistema jurídico se presenta un comportamiento dado que califique deónticamente en dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes a dicho sistema.
- b) Cuando se presenta, en un sistema jurídico, un determinado supuesto de hecho en el cual se prevén dos consecuencias jurídicas incompatibles entre sí.

Podemos observar la presencia de una antinomia respecto a la figura de la concesión para la prestación de servicios públicos por deficiencia, es decir, al faltar una definición o, por lo menos, un marco jurídico que establezca la adecuada naturaleza jurídica de dicho contrato.

Ante la presencia de esta oscuridad, el concesionario se enfrenta a vías disímbolas para el ejercicio de una acción de cobro de los servicios prestados por el particular-concesionario, esto es así ya que el contrato base de su acción presenta rasgos tanto administrativos (cláusulas exorbitantes, finalidad de interés público, etc.) pero también de Derecho privado (prestación de servicios, cláusulas sinalagmáticas), por ello, al intentar ejercer cualquiera de las acciones, las vías jurisdiccionales que ejercita se tornan en extremo complejas por la falta de unidad de la legislación, esto es así dado que los jurisdiccentes optan por negar la procedencia de ambas por razones disímbolas como pueden ser, en la vía civil, que se trata de un contrato administrativo donde interviene un ente público y, en

---

<sup>175</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 9ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2014. Pp. 71-73.

contrapartida, al intentarse la vía contencioso-administrativa, se topa el accionante con que los tribunales respectivos, niegan la viabilidad de dicha instancia al considerar que los contratos no son de supra a subordinación, sino de coordinación, independientemente de que en ellos haya intervenido como parte la administración pública.

Es clara la antinomia en el supuesto expuesto con anterioridad si, siguiendo a Guastini, observamos que el señalado caso concreto es susceptible de dos soluciones que resultan diversas y opuestas, pero lo más grave, es que ninguna de las dos aportan una solución clara y permanente para el concesionario agraviado por la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática por parte del ente público-concesionante ya que no le garantizan una tutela judicial efectiva.

Si bien, la interpretación jurídica, en sus modalidades adecuada y restrictiva, ayuda a resolver las antinomias, esto es discutible en la problemática atendida dado que, por un lado, la interpretación adecuada (que implica la adaptación de un principio o norma de rango superior), no brinda una solución a los magistrados que resuelven sobre las controversias jurisdiccionales en comento dado que la regulación de la concesión para la prestación de servicios se encuentra dispersa en el sistema legal y no guarda una relación de jerarquización dado que los reglamentos municipales, las leyes estatales y federales norman ámbitos distintos sin sincronización y, en lo que respecta a la Constitución, tampoco aporta un lineamiento preciso que ayude a resolver las antinomias. Lo anterior conduce a la interpretación restrictiva, que por su naturaleza analógica, podría ser empleada para darle a los textos normativos un alcance que conduzca a la bivalencia de dicho contrato, tal como se expuso en el capítulo primero del presente trabajo, con lo cual se identificarían las partes administrativa y civil de ese acto jurídico brindando así como seguridad jurídica a los concesionarios para ejercer jurisdiccionalmente los derechos económicos que les corresponden.

Kelsen indicaba que, cuando se habla de lagunas, no se trata de decisiones jurídicas que sean lógicamente imposibles debido a la falta de normas aplicables, sino que se refiere a una decisión lógicamente posible que; sin embargo, aparece al órgano jurisdiccional de tal manera inoportuna o injusta que hace concluir que el legislador no pensó o lo hizo de manera ineficiente o inadecuada, siendo que, de haberlo hecho, habría tomado una decisión diferente a la que plasmó en el derecho vigente; si bien esta idea la matiza con un sesgo positivista al señalar que la regulación debe ser aplicada aun si se considera "*Derecho malo*" y que donde se pretende ver una laguna lo que realmente se presenta es una divergencia entre el Derecho positivo y el otro "*derecho*" (el entrecomillado es de Kelsen) considerado éste como mejor o más justo y remata señalando que sólo la

comparación entre esos dos derechos puede mostrar una insuficiencia del Derecho positivo<sup>176</sup>.

Se tienen opiniones opuestas respecto a la posición kelseniana; se coincide con ella en cuanto a la existencia de un vacío normativo en casos concretos, tal como sucede respecto a la indefinición de la naturaleza jurídica de la concesión para la prestación de servicios públicos, que se coaliga a la falta de claridad en las normas procesales para exigir jurisdiccionalmente reclamos de incumplimientos a cláusulas sinalagmáticas pero se discrepa con su posición en cuanto a su conformidad con el *status quo* de la regulación positivista de la figura precitada, es decir, que, como parte de un trabajo científico, debe aspirarse a encontrar ese “derecho mejor o más justo” a que alude el autor en cita.

En complemento a lo anterior, Kelsen acuña el término de “*lagunas técnicas*” para referirse a las omisiones del legislador relativas a la imprevisión del dictado de normas indispensables para la aplicación técnica de la ley, dicho de otro modo, que estas lagunas técnicas no son otra cosa que lagunas lógicas resultantes de una divergencia entre el Derecho positivo y el Derecho “deseado”, o bien, una indeterminación del hecho que la norma solamente enmarca. Sirve esta idea de soporte a la hipótesis de que no existen normas específicas en el sistema jurídico mexicano actual que brinden una solución técnica al concesionario aquejado de incumplimientos económicos de su contraparte gubernamental ya que la legislación no prevé el Derecho “deseado” consistente en una regulación asertiva que posibilite un efectivo acceso a la justicia que, a su vez, le permita el pleno ejercicio del derecho fundamental de libertad de comercio.

Taruffo indica que se presenta una “*perplejidad en el ámbito de la decisión judicial*” cuando el juez tiene que tomar decisiones en situaciones en las que no existen dispositivos legales o precedentes adecuados, esta circunstancia acontece cuando falta una norma jurídica sustancial que tutele una hipótesis fáctica lo cual provoca que el juzgador tenga dos alternativas: declarar que dicha hipótesis carece de una calificación jurídica y, por lo tanto, se encuentra limitada para ser tutelada judicialmente, o bien, recurrir a otras fuentes para resolver el caso, tales como los principios generales del derecho, usos y costumbres, etc. En opinión del doctrinario en cita, la solución a esta problemática radica no solamente en la teoría de las lagunas legales y como colmarlas; sino que además reconfigurarse el poder del juez a través del establecimiento de reglas sustanciales necesarias para que éste pueda decidir ante situaciones equivalentes ya que, de limitarlo a determinar sólo aquello que es pre existente, se cerraría la posibilidad de recurrir a una

---

<sup>176</sup> Ob. cit. p. 173.

“*jurisdicción creativa*”<sup>177</sup>, es decir, la posibilidad de que el juez garantice la realización de derechos aun ante las omisiones de los legisladores <sup>178</sup>.

Resulta afortunada la expresión del autor precitado para denotar la perplejidad de los tribunales mexicanos cuando les corresponde resolver una disputa judicial entre un concesionario afectado en sus derechos patrimoniales por el incumplimiento de su contraparte gubernamental dado que, al carecer de una idea clara de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, tienden a rechazar a priori con argumentos que inciden solo en forma, las vías intentadas por los afectados privándolos así de la garantía de protección jurisdiccional mediante la cual proteger su libertad de comercio.

Se coincide también con la idea de Marienhoff (citado por Delgadillo y Lucero)<sup>179</sup> en cuanto a que la existencia de una concesión (o de su tratamiento jurisdiccional) no debe depender de la arbitraria denominación que se le asigne sino de la estructura jurídica del acto creador del respectivo derecho, esto es lo que realmente conforma su naturaleza y esencia que debe considerarse para calificarlo jurídicamente, por lo tanto, se sostiene que la naturaleza real del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos representa, a partes iguales, un acto de naturaleza administrativa y uno de Derecho privado al contener una parte de orden público y otra con cláusulas de contenido sinalagmático, lo cual debe darle al concesionario la oportunidad de efectuar los reclamos que le correspondan, en la vía jurisdiccional correspondiente sin que exista duda de la procedencia de la misma para que pueda obtener una justicia expedita y efectiva.

Como corolario al presente capítulo y, a fin de dar una solución a la antinomia descrita en lo precedente, se propone en esta tesis la adopción doctrinaria y la consecuente inserción en el sistema legal mexicano del concepto bivalente del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos de tal modo que se identifiquen con claridad las partes de Derecho público y Derecho privado que garanticen a las partes la satisfacción de sus derechos fundamentales que, por un lado, permita al Estado proveer adecuadamente de servicios públicos a la ciudadanía y, por otro, se garanticen los derechos patrimoniales al concesionario – empresario al tener una vía clara, expedita y suficiente para poder acceder a una tutela jurisdiccional efectiva cuando pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

A fin de apuntalar la opinión vertida se recurre a la perspectiva utilitarista referida por Reséndez siguiendo a Bentham que indica que debe encontrarse un balance

---

<sup>177</sup> Respecto a éste punto, señala Taruffo que la legalidad de las sentencias requiere que el poder creativo del juez esté determinado, limitado y orientado por reglas y principios flexibles y abiertos a diversas interpretaciones.

<sup>178</sup> Taruffo, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona. 2009. P. 26.

<sup>179</sup> Ob. cit. p. 386.

entre la procuración de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica que debería servir para normar la posición del legislador la cual debe despojarse de cualquier forma de arbitrariedad u opresión y buscar un cálculo de utilidad del individuo en defensa de su libertad frente al Estado. El Estado debe intervenir de manera decidida para cumplir con los objetivos de ingreso y calidad de vida de la personas, en lugar de representar un obstáculo para su desarrollo<sup>180</sup>; en suma, debe buscarse una solución conjunta que incida en los problemas económicos y jurídicos pero que, a la vez, respete las libertades individuales sobre el fundamento común de la utilidad.

---

<sup>180</sup> Ob. cit. p. 32.

### **CAPÍTULO III.**

#### **La falta de acceso a la tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos.**

Las hipótesis contenidas en la presente tesis giran alrededor de un problema científico - jurídico como lo es la falta de acceso a la justicia que se circunscribe a la imposibilidad o extrema dificultad para que los concesionarios de servicios públicos puedan ejercer de manera efectiva a las instancias jurisdiccionales para exigir sus derechos como consecuencia de un incumplimiento de cláusulas bilaterales en un contrato de concesión administrativa.

Esta negación al acceso a recursos o juicios idóneos y expeditos se traduce en un impacto negativo que incide de manera directa a la garantía de seguridad jurídica e, indirectamente, a la de libertad de comercio de los empresarios prestadores de servicios públicos concesionados.

Establecido lo anterior, resulta necesario efectuar una disección de las partes que inciden en esta problemática a fin de comprender cada uno de los elementos que la componen, por ello, en el presente capítulo, se procederá al estudio de la jurisdicción como elemento base del acceso a la justicia, de la seguridad jurídica como garantía individual, de la tutela judicial efectiva como especie de la seguridad jurídica y, por último, se expondrá la multiplicidad de vías jurisdiccionales a las cuáles acudir en estas controversias que exhibe la enorme complejidad que se presenta a los concesionarios para hacer valer sus derechos.

##### **III.1 El acceso a la justicia como garantía fundamental.**

Se expuso en el capítulo filosófico de la presente tesis que el enfoque constitucionalista configura una suerte de conciliación entre el ius naturalismo con sus principios originarios inamovibles y el positivismo, que solo reconoce los textos normativos vigentes; esto es así dado que, si bien, la Constitución conforma Derecho positivo, esta contiene, en su parte dogmática, principios axiológicos que toman la forma de garantías fundamentales. Si bien, en el constitucionalismo se otorga cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, no se desconocen los valores del legalismo.

Kelsen señalaba la imposibilidad de determinar una unicidad respecto a la idea de la justicia absoluta dado que esta no ha podido ser definida cabalmente pese a los numerosos intentos que, a lo largo de los siglos, se han efectuado, por ello, no es factible determinar, de un modo racional y fundado en la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí para obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia; por ello sólo es dable explorar el dominio del



Derecho positivo con lo cual se evitaría separar netamente el derecho de la justicia al contemplar el deseo del legislador como una voluntad de que las normas jurídicas sean consideradas como justas.<sup>181</sup>

Atienza indica que el Derecho no puede verse únicamente como una realidad ya otorgada por una autoridad sino, adicional y fundamentalmente, como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, esto implica un cierto objetivismo valorativo que asume que los derechos humanos no son simples convenciones sino que se fundan en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada, por lo que se asigna una especial relevancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Esta concepción del Derecho implica una mayor justificación, es decir, de argumentación tanto en términos cuantitativos como cualitativos y conduce a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento “insular” sino que, necesariamente, deberá contener componentes morales y políticos sin desconocer sus peculiaridades;<sup>182</sup> esta posición se comparte por lo que el análisis que se efectúa en el presente capítulo se encamina a la búsqueda de soluciones que trasciendan el positivismo.

Una idea atinente a la problemática que se atiende es la vertida por Salinas Garza<sup>183</sup> quien identifica un objeto directo y otro indirecto respecto al sentido amplio de la garantía de acceso a la justicia; para éste autor, el objeto directo del derecho se identifica con su significado o sentido de valor, es decir, lo que ordena, protege o preceptúa, su contenido normativo inteligible, por ello, a éste objeto se le identifica con lo que se desprende de su contenido lingüístico, de su núcleo. Por su parte, el objeto indirecto de un derecho se liga al contenido en tutela de una conducta efectivamente desplegada o que debe ser acatada; dicho de otro modo, implica la actuación del derecho, entendiéndose por esto, la materialización de la voluntad concreta de la ley, su personalización o individualización en un acto concreto, en movimiento lo que se ha de dar, hacer o no hacer. Otro aspecto al cual se refiere el objeto indirecto en sentido amplio, es la conducta, acto, hecho o significado que se espera de la norma cuando se actualiza, cuando pasa de la abstracción o inacción a la materialización en la esfera personal de un particular, generalmente otorgando la facultad al acreedor, de exigir del deudor un dar, hacer o no hacer, con la correlativa obligación por parte del deudor.

En suma, el objeto directo es la sustancia del derecho y el indirecto su imperio materializado, precisión que resulta útil para comprender el alcance del acceso a la justicia en el caso que compete al presente trabajo dado que nos ayuda a

---

<sup>181</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*. Ediciones Coyoacán, México, D.F. 2012. Pp. 61-63.

<sup>182</sup> Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, España. 2013. Pp. 29-30.

<sup>183</sup> Salinas Garza, Juan Ángel. *La Tutela Efectiva de la Ley y del Ciudadano*. Lazcano Garza Editores, S.A. de C.V. Monterrey, N.L. 2014. Pp 11-13.

distinguir entre la simple abstracción del contenido normativo de los textos que regulan la figura de la concesión, el cual, por cierto, es disperso y multívoco, y, por otro lado, la concreción jurisdiccional necesaria para poder hacer efectiva la defensa de los derechos patrimoniales de los concesionarios a través de reglas adjetivas idóneas.

La postura del constitucionalismo en el abordaje de las hipótesis de la presente tesis es esencial dado que debe valorarse el acceso a la justicia desde una visión garantista para el concesionario mediante la cual pueda acreditársele seguridad jurídica y permitir su acceso a un pleno ejercicio de su libertad de comercio.

La falta de estas garantías implica una negación de justicia que se traduce en una falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios se genera por las variaciones, divergencias e incertidumbres en la interpretación jurisprudencial y doctrinal e, incluso, en la dispersidad legislativa que regulan los derechos que estos sujetos tienen frente a las concesionantes.<sup>184</sup>

Ferrajoli<sup>185</sup>, dentro de su modelo garantista, relaciona al acceso a la jurisdicción con el que denomina “*principio de accionabilidad*” que consiste en la posibilidad de poder activarla, es decir, que el juez debe ser asequible a los sujetos interesados a través de un acceso al proceso, lo cual es visible en el caso de los concesionarios que no reciben una atención jurisdiccional en los tribunales administrativos que consideran que las obligaciones derivadas del contrato de concesión son materia de derecho privado ni ante los jueces civiles o mercantiles, que contrariamente estiman que la concesión conforma un acto administrativo de supra a subordinación y, por lo tanto, reenvían su competencia al Derecho público creando así un círculo vicioso anti garantista.

La garantía fundamental del acceso efectivo a la justicia, desde el punto de vista abordado en el presente trabajo, se observa en dos disposiciones claves:

- 1) El artículo 17 de la Constitución federal mexicana que indica en su párrafo segundo el derecho que las personas tienen a que se les administre justicia expedita a través de resoluciones prontas, completas e imparciales.
- 2) El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en su numeral 1) garantiza a toda persona el derecho a contar con recursos sencillos y rápidos que además sean efectivos y los ampare contra actos que violenten sus derechos fundamentales.

---

<sup>184</sup> Ob. cit. Pp. 64-65.

<sup>185</sup> Ob. cit. (obra *La democracia a través de los derechos*). P. 227.

### III.1.1 Significado y alcances de la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva implica un cabal acceso a la jurisdicción lo cual se asimila a la facultad de acudir a un tribunal para plantear una pretensión procesal y obtener, en consecuencia, una resolución que, preferentemente, resuelva la litis de fondo y resulte congruente con las pretensiones aducidas por el actor que, en el caso que se plantea en la presente tesis, consiste en la satisfacción de los derechos patrimoniales del concesionario ante el incumplimiento de cláusulas sinalagmáticas atribuible a la entidad pública concesionante.

Efectivamente, para que las referidos concesionarios (y, en general, cualquier persona) puedan hacer valer de manera efectiva sus derechos, no basta que existan tribunales ante los cuales se pueda presentar la demanda respectiva (como lo son, en el caso que se atiende, los administrativos, los civiles o los mercantiles) sino que debe garantizárseles una tutela judicial adecuada lo cual solo podrá ocurrir al ser removidos los obstáculos que incidan en el libre acceso a la jurisdicción como lo son los prejuicios judiciales (representados en éste caso por la tendencia de los tribunales administrativos a favorecer a la Administración Pública), el desconocimiento técnico de las leyes (ante la falta de una unidad conceptual del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos), la diversidad de procesos jurisdiccionales que aparentan dar solución a los reclamos de los concesionarios que; sin embargo, generan reenvíos entre los tribunales y, en suma, ante la falta de una teoría integradora de la naturaleza jurídica bivalente de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

Taruffo señala que las reglas del denominado “derecho de acción” fueron ampliadas sustancialmente por diversas interpretaciones jurisdiccionales en los años setentas y ochentas del siglo veinte que redefinieron esta figura en términos de efectividad y trato equitativo; es decir, el derecho de plantear una demanda que se atribuye a los individuos se transformó en el derecho del ciudadano genérico a disfrutar de éste acceso a la justicia, así, se ha reconocido que la protección efectiva de los derechos no abarca únicamente el acceso a los tribunales, sino también a todos los derechos procesales que las partes deban ejercer para hacer efectiva una satisfacción respecto a lo que están reclamando, por ello, la disponibilidad de mecanismos preliminares efectivos provoca condiciones que deben llevar a una implementación judicial de los derechos.

Esta garantía incluye la posibilidad de que las partes puedan ejercitar todos los derechos que les competen en el curso del litigio tales como el de controvertir, el de ofrecer y desahogar pruebas y, en opinión del tesista, el de obtener una resolución efectiva que les sirva para reclamar los derechos que les han sido agraviados. Este desarrollo del concepto de acceso a la justicia, implica, en palabras del tratadista en cita “... *que toda la maquinaria procesal que está dirigida*

*a la obtención de una completa y real reivindicación de un derecho, tiende a considerarse como parte de una garantía procesal más amplia y abarcadora”.*<sup>186</sup>

Lo expuesto con anterioridad nos lleva a un problema de efectividad jurisdiccional al hacerse complejo, por decir lo menos, el camino procesal para poder hacer efectivos y, en su momento coercivos frente a su co contratante gubernamental, los derechos económicos que les corresponden a los concesionarios como consecuencia de la prestación de los servicios públicos que le fue delegada. A éste respecto, Taruffo (Taruffo, 2009) concibe la efectividad jurisdiccional desde dos enfoques, la “institucional” y la “concreta”; respecto a la primera se contempla la necesidad de que estén presentes en las leyes de un determinado país (o región) todos los mecanismos institucionales y procesales necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos y, en cuanto a la concreta, que debe existir la aplicación directa y específica en la realidad de cada proceso, de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales encargados de su realización.

El autor previamente referido opina que la jurisdicción es una garantía secundaria, no porque tenga una valor inferior a las primarias (garantías individuales) sino porque es de naturaleza instrumental lo cual constituye una garantía efectiva del Derecho en general ya que no basta con que una ley otorgue a los ciudadanos un determinado derecho sino que debe dársele el instrumento para hacerlo valer<sup>187</sup>; en otros términos, la garantía de la jurisdicción, es instrumental en cuanto que asegura la aplicación correcta de la ley en cada caso particular.

Salinas conceptúa a la tutela judicial efectiva, en sentido estricto, como la garantía o preservación de los fines del Derecho dado que representa un mecanismo jurídico que tiene su asiento en una necesidad derivada de la naturaleza propia de la ley sustantiva; esta ley se conforma de varios supuestos que conforman contenidos de carácter general, abstracto (con unidad, coherencia y plenitud); en otros términos, el Derecho es creado para ordenar relaciones sociales, pero su naturaleza es pasar de la inactividad asentada en la abstracción, a la acción generada por la adecuación de una conducta a los supuestos normativos, cuestión nodal en la presente tesis dado que se estima que, si bien existen regulaciones que norman sustantivamente la concesión, la parte adjetiva, aun interpretada sistemáticamente, resulta insuficiente, ya que los equívocos respecto a la naturaleza jurídica de dicho contrato generan una complejidad excesiva que redundo en una falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios que requieren salvaguardar jurisdiccionalmente sus derechos. Esto se correlaciona con un aspecto esencial (resultante de una adecuada tutela efectiva de la ley) consistente en la coercitividad dado que la creación de la norma no es suficiente si no se cuenta con medios para hacerla respetar aun contra la voluntad de las

---

<sup>186</sup> Ob. cit. Pp. 33-34.

<sup>187</sup> Ob. cit. p. 27.

personas a las que va dirigida (en éste caso a la Administración Pública concesionante que tiene que resarcir al concesionario en lo que corresponda); por ello, es menester que los tribunales hagan posible la tutela judicial efectiva a través del acceso pleno a la jurisdicción. Este autor afirma que la tutela efectiva, en un sentido estricto es un mecanismo propio de la norma jurídica por lo que, antes de ser un derecho fundamental de acceso a la justicia, representa la culminación de los medios proporcionados por el derecho para que su voluntad sea cumplida.

Marinoni acierta al señalar que la tutela judicial efectiva no se limita a un simple derecho de acción, es decir, de acudir al poder judicial a fin de que un juez emita una sentencia sino que, además, el accionante debe tener la posibilidad de una “*efectivización concreta de la tutela buscada*”<sup>188</sup>, lo cual se entiende como una resolución satisfactoria, fundada y razonablemente pronta y expedita, situación que no se surte en el caso de los concesionarios que litigan el pago de sus contraprestaciones económicas como resultado de la prestación de servicios públicos.

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en el artículo 17 de nuestra Constitución federal.

El ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino V. Castro, indica que los derechos del hombre le son inherentes a las personas debido a su propia naturaleza por lo que el Estado debe respetarlos y protegerlos mediante la creación y sostenimiento de un orden jurídico y social que permita el libre desenvolvimiento de los sujetos. Este jurisconsulto propuso la siguiente clasificación de las garantías constitucionales: a) Garantías de la libertad; b) Garantías del orden jurídico y, c) Garantías de procedimientos. Para efectos del presente estudio se efectuará el análisis concerniente a la garantía de libertad (en su acepción de libertad económica) y a la de procedimientos<sup>189</sup>.

Respecto al primer grupo clasificado de garantías, el doctrinario en cita señala que la libertad sería un mero concepto teórico si no se le adjunta una acción que la dinamice o, al menos, exista la posibilidad real de accionarla, dicho de otro modo, la acción es el complemento de las libertades de las personas (particularmente el derecho de accionar la jurisdicción). En éste grupo de garantías el autor sitúa a la que denomina la “*libertad ocupacional*”,<sup>190</sup> misma que implica la elección libre del individuo respecto a la ocupación a la que dedicará su actividad sin que el poder público pueda poner más restricciones que las señaladas en el artículo 5 constitucional, lo cual se correlaciona con la posibilidad de que el concesionario pueda desempeñar su actividad sin que su contraparte pública pueda poner

---

<sup>188</sup> Marinoni, Luz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007. P. 279.

<sup>189</sup> Ob. cit. P. 31.

<sup>190</sup> Ob. cit. p. 77.

cortapisas a la misma ya sea a través de la aplicación de una cláusula exorbitante (de Derecho público) o por causa de un incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas derivadas de la prestación de servicios; ahora bien, en caso de que la Administración Pública incurra en actos u omisiones que impliquen agravio a los derechos del particular – concesionario, éste debería contar con la atención de la tutela jurisdiccional para poder ser resarcido.

Respecto a lo previamente establecido señala Castro que la jurisdicción es un principio ineluctable del orden jurídico constitucional que define los derechos subjetivos y es presupuesto obligado de un Estado de Derecho; asimismo, afirma categóricamente que: *“si se tiene derecho a la justicia, se tiene derecho a la jurisdicción que la declara, ya que los órganos encargados de impartir justicia no lo hacen por gracia sino por deber”*<sup>191</sup>.

Afirma también el precitado autor que la jurisdicción constituye una relación jurídica entre el gobernado y el Estado lo que implica para el primero un derecho subjetivo público y una obligación para la Administración Pública; complementa su idea señalando que, cuando el accionante cumple con los presupuestos para ejercer su derecho de acción, la jurisdicción es obligada y forzosa para el Estado debiendo resolver en consecuencia<sup>192</sup>; esto es consecuente con lo que se afirma en la presente tesis en cuanto a que la tutela jurisdiccional para los concesionarios de servicios públicos se ve afectada cuando las diferentes instancias (la contenciosa administrativa y la de los juzgados civiles o mercantiles) niegan la admisión de los reclamos de cláusulas sinalagmáticas aduciendo criterios diversos y encontrados o hacen tan compleja la tramitación y resolución que la justicia se vuelve tardía y, consecuentemente, estéril.

La falta de certidumbre jurisdiccional institucional puede provocar que una ley sea inefectiva cuando falten los instrumentos legales necesarios para hacer valer una garantía individual (en el caso que nos ocupa, sería la consistente en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 17 constitucional para los concesionarios de servicios públicos que pretenden ejercer sus derechos económicos frente a un ente gubernamental) o bien, una inefectividad jurisdiccional concreta puede darse si las leyes no están configuradas adecuadamente o funcionan de manera ineficiente o nula por los jueces responsables de hacerlo.

Se estima que el objeto de estudio de la investigación científica que se efectúa se encuentra circunscrito tanto en la falta de efectividad jurisdiccional institucional como de la concreta ya que, como lo señala Taruffo, no existen los instrumentos

---

<sup>191</sup> Ob. cit. p. 187.

<sup>192</sup> Ob. cit. pp. 188-189.

legales adecuados para que los concesionarios ejerzan de manera eficaz sus derechos ni se aplican de manera correcta las leyes atinentes.<sup>193</sup>

### III.1.2 Los componentes de la tutela judicial efectiva.

Salinas<sup>194</sup> indica que la acción, por sí misma, es inocua si no está adinmiculada de otros presupuestos, como lo son la pretensión, la jurisdicción y el proceso, por ello, no es correcto identificar a la tutela judicial efectiva únicamente con un “acceso a la jurisdicción”, dado que esto resultaría incompleto; en consecuencia, sólo se accedería esta garantía procesal una vez que se accionase ante un tribunal y éste admitiese la demanda correspondiente, ya que hasta ese momento existiría la pretensión de hacer coerciva la norma de derecho aplicable.

Los presupuestos identificados por el autor que se estiman necesarios para lograr la actuación de la ley, son traídos a continuación a la luz de la problemática planteada en la presente tesis.

#### III.1.2.1 La acción

Es abundante la doctrina procesal en lo que respecta a la figura jurídica de la acción por lo cual se limita su referencia en éste apartado, para efecto de concisión, a un selecto grupo de autores con el objetivo de relacionar la parte conducente con el tema en estudio.

Carnelutti: El derecho de acción es un estímulo suscitado por el interés que se le presenta a una persona a fin de que se venzan los intereses de otros a través de una petición efectuada al poder judicial<sup>195</sup>.

En el caso en estudio el interés al que alude Carnelutti es el de los concesionarios respecto a la reintegración de los derechos patrimoniales y comerciales que les corresponden por la prestación de servicios públicos.

Couture: Es el poder jurídico para recurrir a un órgano jurisdiccional con la finalidad de reclamar la satisfacción de una pretensión, que posee todo sujeto de derecho<sup>196</sup>. La acción es, para éste tratadista, un derecho a someter una controversia a la decisión de los órganos jurisdiccionales.

Ovalle Favela: La acción está relacionada con un derecho subjetivo procesal pues, si bien confiere a la parte actora la facultad de incitar la actividad del órgano

---

<sup>193</sup> Ob. cit. 68-69

<sup>194</sup> Ob. cit. Pp. 37-38

<sup>195</sup> Ob. cit. Pp. 178-179.

<sup>196</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires Argentina. 1958. P. 57.

jurisdiccional para que, una vez agotado el proceso correspondiente, se emita una sentencia sobre la pretensión expresada en la demanda o en la acusación, también impone al órgano jurisdiccional la obligación dar trámite a la demanda y activar el proceso jurisdiccional correspondiente cuando la acción cumple con los requisitos respectivos<sup>197</sup> lo cual, en el caso que se analiza en la presente tesis, no ocurre ante la negativa de los tribunales tanto civiles como administrativos de admitir las reclamaciones de los concesionarios respecto al cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas a cargo de los entes públicos que los contrataron para la prestación de un servicio público; esto es así dado que, como se demostrará con un análisis de la muestra de casos presentada en esta tesis, los entes jurisdiccionales optan por rechazar la admisión de las demandas por razones supuestamente inoperantes (los tribunales civiles por considerar que el contrato de concesión es de naturaleza administrativa por los sujetos intervinientes y, los administrativos, por estimar que se trata de una prestación de servicios), o bien, por razones similares a las recientemente expresadas, son admitidas las demandas pero en las resoluciones se desestiman las reclamaciones por razones meramente formales.

Pallares<sup>198</sup>: Este autor recopila las opiniones de diversos autores y realiza una cuádruple clasificación de las definiciones de la acción, a saber:

1) Las que establecen que es un derecho público contra el Estado para obtener mediante él la protección o tutela jurídica.

En la práctica, no se surte adecuadamente o de manera suficiente esta potestad dado que los órganos jurisdiccionales del Estado no tutelan efectivamente los derechos del concesionario cuando éste pretende que se le satisfagan las contraprestaciones de carácter económico que le corresponden.

2) Las que conceptúan a la acción como un derecho subjetivo del actor contra el demandado.

En esta visión se contraponen las desigualdades tanto formales como materiales entre las partes esto se debe a las diversas corrientes teóricas que, a la vez, influyen las decisiones jurisdiccionales dado que en estas se identifica una relación de supra a subordinación en los contratos administrativos donde el Estado asume una posición predominante sobre el particular – concesionario, lo cual afecta al debido análisis de las acciones que estos intentan para recuperar lo que les corresponde.

3) Las que identifican a la acción con una norma procesal.

La problemática percibida en esta tesis se suscita ante la falta de unicidad entre las normas adjetivas que deberían regular los conflictos surgidos con motivo de los

---

<sup>197</sup> Ovalle Favela, Jorge A. *Derecho Procesal*. Editorial Oxford. México, D.F. 1999. P. 3.

<sup>198</sup> Pallares, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. P. 29.



contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, esto se debe a la falta de unicidad en la conceptualización de la naturaleza jurídica de dicho contrato.

La afirmación anterior se sostiene al observar que, si bien las leyes procesales civiles prevén las diversas acciones que los particulares pueden ejercitar cuando se ven agraviados en sus derechos, estas son omisas para los casos en los cuales se presenta la controversia como resultado de un contrato administrativo (parcialmente, según se demuestra en éste trabajo) o bien, cuando el sujeto al cual se demanda es un ente público.

Por su parte, las acciones administrativas tienen una finalidad de nulidad o anulación de actos ilegales perpetrados por la Administración Pública, lo cual no constituye la pretensión del concesionario sino la del resarcimiento de lo incumplido por su contraparte gubernamental; dicho de otro modo, es factible que el contrato de concesión originador de la controversia haya sido celebrado en estricto apego a derecho; sin embargo, por alguna razón ulterior, la parte estatal de dicho contrato incumplió sus obligaciones económicas, por ello, el objetivo del particular – concesionario no es anular el referido contrario sino, al contrario, demandar su estricto cumplimiento, cuestión que no es asimilable a los juicios de lo contencioso administrativo.

4) Las que consideran un derecho autónomo de carácter potestativo, sustancialmente diverso del derecho que protege.

El punto fijado en el numeral anterior, en lo que respecta a la acción administrativa, es consecuente con esta posición dado que el derecho protegido, consistente en la protección de los derechos económicos del concesionario, implica la validación del contrato de concesión que constituye su fundamento; sin embargo, la acción administrativa implicaría una nulidad de dicho contrato, lo cual es contradictorio.

Calamandrei: Éste autor identifica como la teoría más adecuada la que indica que la acción es un derecho potestativo consecuente con la forma de un derecho subjetivo autónomo que existe por sí mismo con independencia de un derecho subjetivo sustancial, dirigido a obtener una resolución jurisdiccional que favorezca a sus intereses<sup>199</sup>.

Este célebre procesalista italiano sostenía que la acción, además de servir para dar el primer impulso a la actividad del juez (que de otra forma permanecería inerte); tiene como fin preparar al juez sobre la materia y el programa de providencia que se desahogará dentro del proceso; es decir, no se trata solo de incitar el movimiento de la justicia sino también de iniciar una colaboración a

---

<sup>199</sup> Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1985. 1986. Pp. 256-257.

través de la cual, durante todo el curso del proceso, el actor señala la ruta a la cual el juzgador debe sujetarse.

Acorde a la idea de Calamandrei<sup>200</sup> se detectan dos momentos de ruptura respecto al acceso a la justicia para los concesionarios que pretenden exigir el cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas a su contraparte pública, esto es, al momento de pretender impulsar la actividad del juez dado que este, independientemente de que sea civil o administrativo, al presentársele un caso de esta naturaleza suele abstenerse de admitir la demanda y arrancar el proceso correspondiente debido a que desecha la vía del pretendido accionante ya sea por considerar que se trata de un acto administrativo de supra a subordinación (en el caso del juez civil) o por estimar que se trata de una acción de derecho privado por tratarse de un contrato de coordinación (en el caso de los tribunales administrativos). El segundo momento se surte cuando, a pesar de haber sido recibida la demanda y dar curso al juicio respectivo, por razones similares a las anteriores, el órgano jurisdiccional correspondiente desestima en su resolución la vía intentada, dejando en un estado de indefensión tutelar judicial al particular.

Coviello: En concordancia con la posición que se asumió respecto a la ineludible obligación estatal de brindar a los ciudadanos el acceso a la tutela judicial efectiva, el doctrinario en referencia indica que la acción debe ser concebida como un derecho subjetivo privado (en el sentido de que sirve de tutela de derechos privados) por lo cual se requiere la voluntad del particular para que pueda ser ejercitado (a través de la presentación de una demanda), por lo que sólo dentro de los límites de la misma se podrá acordar una defensa judicial.

Identifica éste autor tres condiciones para que la acción pueda ser eficazmente ejercitada: 1) Que exista un derecho (es decir, que el accionante no haya sido privado de la acción); 2) Que el derecho le pertenezca al accionante (o que lo haga valer su legal representante) y 3) Que exista un interés del accionante en obrar.

La problemática respecto a lo anterior no es la intención o voluntad de los concesionarios para hacer valer sus derechos violados por la falta de cumplimiento de su contraparte pública, sino la falta de atención jurisdiccional debido a la vaguedad de los textos normativos que regulan la figura de la concesión administrativa para la prestación de servicios públicos lo cual provoca la incorrecta apreciación de las acciones de estos particulares al desecharlas o declararlas inviables generando así una falta de tutela judicial efectiva.

Fairén Guillén: La contempla como un “*derecho cívico*” mediante el cual se excita la actividad jurisdiccional del Estado; constituye un derecho público subjetivo

---

<sup>200</sup> Calamandrei, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 2. Editorial Harla. 1997. P. 42.

procesal<sup>201</sup>, aquí la problemática se presenta cuando es inane el esfuerzo del concesionario por ejercer ese derecho ciudadano ante la falta de una debida recepción de los órganos jurisdiccionales de sus planteamientos ante la falta de unicidad de criterios respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos y sus consecuencias legales.

Para cerrar éste punto y siguiendo las ideas anteriores, se atrae la afirmación de Salinas<sup>202</sup> en el sentido de que no debe confundirse el derecho de acción, como una condición para el ejercicio de la jurisdicción, con la tutela judicial ya que aquél no es una facultad de exigir sino un presupuesto para la tutela judicial efectiva ya que conforma la garantía de acceso a la justicia por parte de los particulares, es decir, que el derecho de acción es solo una parte del compuesto conjuntamente con la pretensión y la jurisdicción que a continuación se proceden a analizar.

### III. 2.1.2 La pretensión.

El segundo elemento que compone una tutela judicial efectiva es la pretensión.

Cómo buena parte de la lexicología procesal, no existe un consenso unánime sobre la conceptualización de éste término por lo que se ha optado por traer a éste apartado las opiniones que se han estimado pertinentes a la tesis.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se establece que la palabra pretensión proviene del latín “*postulare, postulatio-onis*” que quiere decir solicitud, reclamación pero también acusación o demanda; en esta compilación se indica que, desde un punto de vista comprensivo (citando a Rosenberg), la pretensión implica la petición de justicia que una persona efectúa a la Administración Pública, es decir, a que se lleve a cabo la función tutelar del derecho por medio de los tribunales que tengan la obligación de realizarla frente a las partes. Para distinguir a la acción de la petición, se aclara que, mientras aquella conforma un derecho subjetivo público del individuo contra el Estado para que se resuelva con fuerza obligatoria un conflicto, la pretensión es un acto, una manifestación de voluntad mediante la cual el pretensor se ostenta como titular de un derecho que está por ser probado en juicio<sup>203</sup>.

Carnelutti<sup>204</sup>: asumía que quien “*pretende*” lo que busca es la subordinación del interés ajeno al suyo. En esta tesis se habla del concesionario que pretende que su contraparte gubernamental cumpla con lo que le ha negado indebidamente, es

---

<sup>201</sup> Fairén Guillén, Victor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, D.F. 1992. P. 81.

<sup>202</sup> Ob. cit. P. 38

<sup>203</sup> Ob. cit. Pp. 2526-2527.

<sup>204</sup> Ob. cit. P. 267.

decir, con el pago de lo debido por la prestación de los servicios o alguna otra obligación sinalagmática contenida en el contrato de concesión correspondiente.

Couture: es la atribución de un derecho por parte de alguien que, invocándolo, pide se haga efectiva a su respecto, la tutela jurídica; es decir, implica la afirmación, como sujeto de derecho, de ser merecedor de la tutela jurídica y, por tanto, que esta sea hecha efectiva por el órgano jurisdiccional competente. Considera éste autor que la pretensión no es un derecho autónomo sino un hecho<sup>205</sup>.

Esta afirmación la basa en que la pretensión puede ser expuesta por el accionante aun sin derecho, esto es así ya que éste considera que tiene la razón; sin embargo, puede darse el supuesto de que, una vez desahogado el proceso correspondiente, se descubra que no era así; por lo tanto, la pretensión es únicamente un estado de la voluntad jurídica y no un poder jurídico; esto es lo que distingue la pretensión de la acción ya que esta, con pretensión o sin ella, siempre existirá para los sujetos aun y cuando no se ejerza efectivamente.

Goldschmidt: aborda la idea de la pretensión como peticiones hechas por el actor al juez con el objeto de que éste pronuncie una sentencia con un contenido que le conviene. Indica éste autor que, entre la solicitud y la resolución del juez hay una relación psicológica de causa y efecto que consiste en la motivación<sup>206</sup>.

Devis Echandía: la pretensión es el fin concreto que el pretensor persigue, en otras palabras, es el “*petitum*” de la demanda o lo que en ella se pide para que esto sea reconocido y declarado judicialmente. Este doctrinario indica que la pretensión tiene como elementos esenciales al objeto (efecto jurídico perseguido – tutela jurídica que se reclama) y a la razón (la “*causa petendi*” y los hechos fundatorios de la demanda)<sup>207</sup>.

Una de las primordiales preocupaciones en la presente tesis es precisamente la difusa comprensión de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que provoca equívocos en las motivaciones de las pretensiones de los concesionarios que reclaman el pago o cumplimiento de lo que se les debe pero también en su comprensión por parte del órgano jurisdiccional. Esta afirmación se basa en el hecho de que las leyes adjetivas administrativas no establecen (porque no es su función) una vía para efectuar reclamos de éste tipo al estar orientadas hacia las nulidades de los actos administrativos; por la otra parte, las leyes adjetivas civiles se limitan a regular las reglas procesales pertinentes sin hacer mención a los casos en los cuales un contrato administrativo es asimilable a la justicia civil, por ello la importancia de

---

<sup>205</sup> Ob. cit. Pp. 68 y 72.

<sup>206</sup> Goldschmidt, James. *Principios Generales de Derecho*. Editorial Obregón y Heredia. México, D.F. 1983. P. 70.

<sup>207</sup> Ob. cit. P. 2527. Referencia del *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

contar con una clara identificación de las dos partes que componen a la concesión, la administrativa y la civil, para así determinar con claridad la jurisdicción que aplique en los casos de disputa.

La pretensión, a decir de Salinas, implica un vínculo entre el derecho subjetivo del ciudadano para que le sea impartida justicia, es decir, el derecho de acción ejercido por ese ciudadano mediante una determinada demanda, y el derecho objeto del juicio, esa vinculación es lo que conforma la pretensión<sup>208</sup>.

Así, la pretensión supone una especie de creencia del actor respecto a la existencia (aparente en un principio) de reclamos tutelados legalmente dirigidos hacia un tercero; esta suposición de derecho implica un desacuerdo con su contraparte por lo cual, ante la imposibilidad de resolver autoaplicativamente el litigio<sup>209</sup>, se ve en la necesidad de recurrir a un órgano heteroaplicativo (un tribunal) que acuerde válida y coercitivamente sobre la reparación del derecho que le fue afectado al actor (en éste caso, el concesionario afectado por la falta de cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas).

Se concluye que, para los efectos de la tutela judicial efectiva, las pretensiones principales y accesorias del actor son presupuestos para su consecución, tanto desde un punto de vista estricto, como lato; ahora bien, en este punto conviene distinguir la pretensión activa que corresponde al actor de un juicio, y la pasiva, que es propia del demandado pues este también aspira a una pretensión que resulta ser contraria a la del demandante.

### III.2.1.3 La jurisdicción.

El tercer y último componente de la tutela judicial efectiva viene a serlo la jurisdicción.

Entre los clásicos, Couture conceptualizó a la jurisdicción como la función pública efectuada por el Estado, a través de sus órganos competentes, por la cual, previo juicio debidamente llevado, se determine el derecho que le corresponde a cada una de las partes dirimiendo sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante resoluciones que alcancen el estado de cosa juzgada y su consecuente ejecución<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> Salinas Garza, ob cit p. 27.

<sup>209</sup> Si bien, en algunos contratos de concesión (debido a que lo prevén así los reglamentos y normas que los regulan en algunas entidades y/o municipios) se prevén procedimientos administrativos para la solución de controversias autoaplicativa entre las partes, lo cierto es que quien funge en ellos como juez y parte es el mismo ente público que ha incumplido el respectivo contrato, por ello, estas vías son infructuosas y suelen invariablemente redundar en la necesidad del concesionario a recurrir a un tribunal para acceder de manera real y efectiva a la tutela judicial.

<sup>210</sup> Ob. cit. P. 40

Este autor identifica a la jurisdicción como una función ya que no solo implica la potestad del Estado sino también del cumplimiento sus deberes y obligaciones como impartidor de justicia.

De Pina y Castillo Larrañaga indican que esta figura consiste en una función pública encomendada a órganos estatales cuya finalidad es la actuación del derecho objetivo a través de la aplicación de la norma general al caso concreto.<sup>211</sup>

Por jurisdicción, Taruffo entiende la participación del juez, así como aquellas acciones en las que se manifiesta; correlacionado con esta idea, Ferrajoli opina que la jurisdicción es una actividad de averiguación después de la cual sigue una manifestación de voluntades por parte del que opera dentro de la jurisdicción, pero, principalmente, es una confirmación que exige al juez conocer lo necesario sobre los aspectos centrales del caso en cuestión<sup>212</sup>.

Ferrajoli (citado por Taruffo) señala los caracteres fundamentales de la jurisdicción, los cuales sitúa en: a) una aplicación a los casos concretos de las normas sustanciales violadas y b) en la comprobación de los hechos sobre la base de las pruebas.

Afirma éste autor que el núcleo basal de la jurisdicción es la comprobación del supuesto de hecho sometido a juicio, ya sea en un acto declarativo o cognoscitivo con el cual determina los hechos y aplica las normas a ellos.

Un elemento clave que el autor referido resalta, es la de la determinación o búsqueda de la verdad de los hechos en las garantías jurisdiccionales; esto es relevante dado que una reconstrucción errada de hechos podrá conducir a una decisión injusta, por ello, en aras de un sentido epistémico, se reorganiza la función jurisdiccional a fin de que sirva como instrumento para el descubrimiento y verificación de la verdad.<sup>213</sup>

Una visión pragmática es la vertida por los autores norteamericanos Miller y Jentz quienes señalan que la jurisdicción es tanto la zona geográfica donde un tribunal tiene el poder de decidir los casos que se le presentan, como el derecho y el poder de una corte de emitir declaraciones respecto a determinadas personas, propiedades o la materia del litigio<sup>214</sup>.

Ahora bien, la jurisdicción, en el tema en estudio puede identificarse desde, por lo menos, tres enfoques:

---

<sup>211</sup> De Pina, Rafael. Castillo Larrañaga, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29ª edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2007. P. 59

<sup>212</sup> Taruffo, Michele. (obra *Proceso y Decisión, Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*). Ob. cit. P. 26

<sup>213</sup> Taruffo, Michelle. (obra *Páginas sobre justicia civil*). Ob cit, pp. 21-22.

<sup>214</sup> Miller, Roger Leroy y Jentz, Gaylord A. *Fundamentals of Business Law*. West Publishing Company. 2a ed. St. Paul, Minnesota, EEUU. 1993. P. 44.

a) El proceso administrativo. Con las reservas del caso y con la finalidad de contemplar éste primer enfoque como jurisdiccional, es necesario remitirse a la definición de De Pina y Castillo Larrañaga quienes señalan que la jurisdicción es una función pública encomendada a órganos del Estado a fin de que estos apliquen una norma general a casos concretos.

Se considera asimilable esta figura al proceso administrativo dado que éste se encuentra previsto, (por disposición legal o convencionalmente), como vía para la solución de controversias entre las partes intervinientes en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos; cuando esto acontece, las partes se ven obligadas a entrar a un sistema autocompositivo para dirimir sus diferencias, esto es así, porque es el mismo ente gubernamental a quien le corresponde resolver cuándo es el particular – concesionario quien manifiesta su inconformidad respecto al incumplimiento de alguna cláusula sinalagmática del contrato (cuándo se trata de una aplicación o ejecución de una cláusula exorbitante no es esto necesario ya que la autoridad puede llevarla a cabo de pleno derecho dejando a salvo los derechos del concesionario para que haga valer las salvaguardas del equilibrio financiero).

Ya sea que se trate de una instancia de agotamiento obligatorio u opcional, al acudir al proceso administrativo, el concesionario expone a la concesionante la inconformidad de que se trate, la cual debe proceder al análisis de los reclamos, los confronta con las disposiciones legales aplicables, los términos contractuales de la concesión y valora los hechos para finalmente resolver el caso concreto.

La problemática de éste supuesto, como en el de cualquier otro proceso administrativo, es la doble función que asume el ente gubernamental ya que se convierte en juez y parte por lo que tiene un interés natural en que la controversia se resuelva a su favor para no revocar la decisión que ha realizado salvaguardando así su posición tanto desde un punto de vista legal como económico, lo cual provoca el desvirtúo de la función auto compositiva de estos procesos.

b) El proceso civil. La jurisdicción en éste proceso se surtiría respecto a la pretensión del concesionario de exigir a la entidad gubernamental que es su contraparte en el contrato de concesión, el cumplimiento de alguna obligación sinalagmática a su cargo, particularmente el cobro de pesos derivado de la prestación de servicios.

Una alternativa al proceso civil lo sería la jurisdicción mercantil que se surtiría, en el caso en estudio, cuando una de las partes (el concesionario) tiene la calidad de comerciante acorde a lo indicado en el Código de Comercio y, por lo tanto, se asume que puede recurrir a esta vía para exigir lo que le corresponde.

El problema en ésta vía se presenta cuándo el juez civil (o mercantil) identifica el contrato de concesión como administrativo, ya sea por considerar

equivocadamente que éste acto jurídico produce invariablemente consecuencias de supra a subordinación entre la Administración Pública y el particular – concesionario, o bien, identifica que los procesos en los cuales interviene un ente público deben ser, necesariamente, sometidos a una jurisdicción administrativa, rechazando así la demanda o bien, evadiendo una resolución de fondo desestimando la vía intentada por el actor.

c) El proceso contencioso administrativo. Este tercer camino jurisdiccional adolece también complejidades cuando se presentan controversias entre las partes contratantes de una concesión para la prestación de servicios públicos.

Si bien, a primera vista pareciera una vía idónea para dirimir diferencias derivadas de un contrato administrativo, debe observarse que, el contrato de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos, a pesar de ser un tipo o especie de contrato administrativo, cuenta con notas especiales que lo hacen distinguirse de otros en los cuales interviene la Administración Pública, esto es así, debido a su naturaleza bivalente que implica la posibilidad de que determinadas controversias, de carácter económico sinalagmático, deban ser resueltas en una instancia distinta.

Debe reconocerse que existen regulaciones que contemplan la posibilidad de resolver controversias derivadas del cumplimiento o interpretación de contratos de servicios celebrados por dependencias gubernamentales (por ejemplo el artículo 14 fracción VII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa); sin embargo, es importante reconocer que, dada la naturaleza de tribunal de nulidades del contencioso administrativo, no todas las controversias surgidas de las concesiones podrían ser resueltas en esta instancia, dado que, como se ha dicho, pueden presentarse exigencias del concesionario que no implican nulidades del actuar de los entes públicos sino cumplimientos que, en plano de coordinación, tienen estas contrapartes.

Pérez Hualde considera que, los esfuerzos de la doctrina (refiriéndose a la española) para distinguir la naturaleza jurídica de los contratos administrativos tienen como finalidad poder determinar el régimen jurídico aplicable a los cuatro aspectos esenciales de dichos actos jurídicos, es decir: la jurisdicción competente, las reglas de fondo aplicables (ya sea las administrativas o las civiles), los privilegios de la Administración pública y la perspectiva económica de los fondos del Estado<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Ob. cit. P. 439.



### III.2.1.3.1 La Jurisdicción como Garantía.

La nueva conceptualización garantista de la jurisdicción ha dado pie a un mayor “*acceso al Estado*”, como lo llama Ferrajoli<sup>216</sup>, de tal modo que esta figura se ha convertido en una importante alternativa a la falta de respuestas o ineficiencias de la Administración Pública, particularmente en los casos en los cuáles esta omite dar cumplimiento a sus obligaciones sinalagmáticas en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, de tal modo, que, el concesionario, ante dicha omisión, debería contar con el acceso pleno a la justicia que le asegure el resarcimiento de sus derechos.

Taruffo considera a la jurisdicción como una garantía secundaria dado que su principal función es la justiciabilidad de las violaciones de los derechos; Ferrajoli aclara a éste respecto que esta figura es reparatoria dado que se encamina a eliminar o reducir el daño producido a una persona en particular, o bien, a cohibir o castigar a los responsables de una conducta indebida.

La importancia de la jurisdicción radica en que ningún derecho puede existir sin que esté acompañado de la tutela jurisdiccional, es decir, que se cuente con un medio establecido por el estado para hacerlo valer, incluso de manera coercitiva.

De éste modo, la garantía de seguridad jurídica se surte de modo natural, a través de una adecuada jurisdiccionalidad, es decir, de vías procesales claras y efectivas que permitan al concesionario exigir lo que en derecho lo corresponde al haber prestado los servicios concesionados y no haber recibido la contraprestación debida<sup>217</sup>.

Se coincide con la idea ferrajoliana<sup>218</sup> de la correlación biunívoca entre el estado de derecho y la jurisdicción derivada del hecho de que el estado de derecho está conformado por la sujeción del poder al derecho y, por otra parte, el espacio de la jurisdicción tiende a incrementarse con el desarrollo de un sistema de límites que se imponen a los poderes públicos a través de la inserción de derechos y bienes fundamentales en las constituciones y tratados internacionales.

Es de destacarse la necesidad de hacer efectivo el cumplimiento de las garantías; Taruffo<sup>219</sup>, a éste respecto, contempla dos enfoques, el primero es el que denomina “*institucional*” y el segundo “*concreto*”; en cuanto al primero señala que la efectividad institucional es la presencia en los ordenamientos legales de todos los mecanismos institucionales y procesales necesarios para darle un contenido efectivo a las garantías, lo cual, en el problema en estudio, no acontece dado que, como se expuso en un capítulo anterior, el término “concesión” es multívoco y carece de una regulación uniforme en los diferentes textos normativos que lo

---

<sup>216</sup> Ob. cit. P. 222.

<sup>217</sup> Taruffo (obra *Páginas sobre justicia civil*). Ob cit. Pp. 21-22.

<sup>218</sup> Ob. cit. Pp. 219-220.

<sup>219</sup> Ob. cit. P. 67.

atienden, lo cual provoca una deficiente efectividad institucional para la garantía de seguridad jurídica de los concesionarios que pretenden obtener satisfacción jurisdiccional de sus reclamos. Respecto a la efectividad concreta, se hace referencia a la aplicación directa y específica, en la realidad de cada proceso, de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales encargados de su realización; tampoco se surte esta posibilidad en el problema atendido dado que, la falta de la efectividad institucional, acarrea consecuentemente que los jueces y magistrados a quien les corresponde resolver controversias derivadas de la parte de Derecho privado de las concesiones para la prestación de servicios públicos, apliquen de un modo erróneo las normas relativas al carecer de principios conceptuales que les sirvan de base lo que repercute en el actuar jurisdiccional a los casos concretos que terminan desechando o desestimando las legítimas pretensiones de los concesionarios afectados en sus derechos patrimoniales.

Un argumento más de Ferrajoli sobre la jurisdicción garantista indica que esta ha reforzado los derechos fundamentales a través del principio de estricta legalidad y taxatividad de las normas lo cual debería servir como base a los jueces para resolver acorde a lo contenido en la ley y a la cognición en juicio; si bien, se comparte la opinión de que estas previsiones jurisdiccionales dan una mayor certeza jurídica a los gobernados, en el caso que se estudia esto no se presenta debido a que los textos normativos que regulan la concesión para la prestación de servicios públicos son omisos en determinar la naturaleza jurídica correcta de dicha figura jurídica y, adicionalmente, se presenta una dispersión de normas procesales que hacen sumamente complejo el acceso a vías procesales resarcitorias de los derechos de los concesionarios.

Gozáíni asevera que la jurisdicción tiene el deber de otorgar un proceso adecuado que posibilite un acceso irrestricto a la justicia a través de un recurso efectivo, esto es, un litigio llevado sin sofismas rituales y que las resoluciones tiendan a aplicar los derechos humanos (en éste caso el de tutela judicial efectiva).<sup>220</sup>

Cabe agregar que el estudio del derecho a la jurisdicción y al debido proceso se ha señalado como un componente elemental del llamado derecho procesal constitucional<sup>221</sup>.

### III.3 Los intereses económicos del concesionario como empresario.

En un capítulo previo se indicó la importancia de la libertad de empresa desde el punto de vista económico dónde se hizo referencia a la obra "*The idea of Justice*"

---

<sup>220</sup> Gozáíni, G.A. *Derecho Procesal Transnacional*. Tirant Lo Blanch México. México, D.F. 2014. P. 234.

<sup>221</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. Artículo: Reseña de "*La ciencia del derecho procesal constitucional*" de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores) Revista: Estudios Constitucionales 2009 7(1). P. 403.

del célebre economista Amartya Sen<sup>222</sup>, quien asevera que la razón de los contratos es la eficiencia económica por tanto, las partes presentan al mundo del Derecho sus intenciones socioeconómicas a través de una propuesta funcional del orden normativo con la intención de obtener beneficios.

Se pronuncia también a éste respecto De Giorgi quien señala que, dentro de los derechos considerados como fundamentales, se sitúan los de naturaleza patrimonial, es decir, los de acceso a al sistema de la economía ya que se conectan con los derechos a la vida y la supervivencia y se correlacionan con la libertad y la igualdad debido a que el espacio de los primeros no puede ser limitado por restricciones del espacio de los otros<sup>223</sup>.

En el caso planteado en la presente tesis se observa que los beneficios que busca cada una de las partes son diversos pero complementarios; esto es así porque lo que busca el ente concesionante es satisfacer y eficientizar la prestación de un servicio público y, por su parte, el concesionario – particular, pretende obtener ganancias económicas.

El autor en referencia afirma que la prosperidad económica ayuda a las personas a ejercer de manera efectiva sus libertades, por lo tanto, la libertad para participar en el intercambio económico ayuda significativamente al desarrollo y a la estructura social, por ello, el crecimiento económico, tanto individual como colectivo, requiere la remoción de obstáculos que frenen el ejercicio de las libertades.

Lo anterior hace ver que, la libertad de comercio y su modalidad, el derecho a percibir la contraprestación económica que razonable y legalmente le corresponde al concesionario, no sólo implica un derecho patrimonial individual, sino que contribuye al fortalecimiento económico de la sociedad en general.

Cruz Parceró, siguiendo a Alexy, indica que, entre los derechos llamados procedimentales, destaca el de las llamadas “*competencias de Derecho privado*”; estas implican derechos frente al Estado a fin de que éste formule normas constitutivas para las acciones de Derecho privado lo cual conlleva la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas del Derecho común. La implicación de estos derechos es que las normas que regulen las relaciones jurídicas (en éste caso las de la libertad de asociación y de comercio) tengan vigencia y un determinado contenido, de tal modo que deben considerarse como reales prestaciones de los gobernados ya que presuponen conceptualmente la existencia de las instituciones jurídicas correspondientes<sup>224</sup>; esta observación es relevante dado que la falta de normas que regulen los derechos de orden privado

---

<sup>222</sup> Ob. cit. P. 313.

<sup>223</sup> De Giorgi, Raffaele. *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*. Editorial Fontamara. México. 2015. P. 198

<sup>224</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los Derechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. P. 44.

que los concesionarios adquieren al celebrar y ejecutar un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, los coloca en una situación de desprotección jurisdiccional para exigir los derechos que válidamente les correspondan.

Juventino V. Castro señala que el fenómeno económico ha afectado durante toda la historia moderna al individuo en su desenvolvimiento e influenciado el medio que lo rodea, lo cual le viene a producir una serie de limitaciones y condicionamientos que inciden sobre su libre acción<sup>225</sup>.

Es indudable el impacto de las cuestiones económicas tanto en la doctrina (marxismo) como en la creación del Derecho; bajo esta óptica, Bodenheimer señalaba que el desarrollo económico ha influenciado el ámbito del Derecho mercantil, eminentemente privatista, sustituyéndose, en momentos, por un Derecho administrativo que lo afecta a través de decretos económicos impuestos por el Estado<sup>226</sup>. Si bien, en nuestro país, existe una clara delimitación entre esta rama del Derecho privado y lo administrativo, debe observarse que la falta de partición de las dos facetas de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, han provocado una tara jurisdiccional a los concesionarios que pretenden demandar jurisdiccionalmente sus derechos, consistente en la inclinación de los jueces mercantiles para declinar su competencia aduciendo que toda controversia surgida de un contrato administrativo debe ser resuelta en dicho ámbito.

Se reconoce la esencial importancia de satisfacer de manera debida y suficiente los servicios públicos; sin embargo, esto no debería subordinar la libertad de los empresarios – concesionarios, dado que las cláusulas exorbitantes que se fijan en la parte administrativa del contrato de concesión aseguran la prestación de los mismos (a través de las disposiciones que permiten al ente público resolver el contrato de pleno derecho ante el incumplimiento del concesionario y tomar la prestación de servicios de manera directa o reasignarlos a un tercero) lo cual no es incompatible con las indemnizaciones que le corresponderían al concesionario ni con el derecho a percibir la contraprestación económica derivada de la prestación de los servicios efectuados.

Vale la pena señalar uno de los postulados más relevantes de la teoría del Derecho Económico consistente en la eficientización económica a través del libre acceso de competidores a los mercados por medio de la eliminación de barreras y conductas monopólicas de los agentes dominantes. Un punto nodal para el Derecho Económico lo conforma el denominado “*Teorema de Coase*” que postula la maximización de los beneficios de la empresa ya que esta funge como un motor

---

<sup>225</sup> Ob. cit. p. 149.

<sup>226</sup> Ob. cit. P. 266.

de las economías<sup>227</sup>. Esta posición es asimilable al derecho a la tutela judicial efectiva de los concesionarios para reclamar las prestaciones que les corresponden por la realización de los trabajos concesionados dado que, su debida retribución, contribuye a su estabilidad económica y, consecuentemente a, la validación de su libertad de comercio.

Cómo se ha observado, el Derecho Económico tiene una injerencia colateral con lo expuesto en el presente apartado. Esta disciplina, a decir de Muñoz Fraga, tiene como objeto general el orden jurídico que norma las reglas de participación del Estado en la economía de un país<sup>228</sup>. Esta rama del Derecho de reciente creación tiene entre sus postulados la orientación de las actividades del Estado para que emita las normas necesarias que estimulen la producción de bienes y servicios en aras de una debida operación del sistema económico; esto conlleva el garantizar los intereses de los empresarios y la operatividad del principio de libre mercado, de libre concurrencia y la protección de la oferta y la demanda<sup>229</sup>.

Para el Derecho Económico, en un sistema mixto, como el mexicano, el Estado debe asumir un triple papel: por un lado es el rector de la economía al planear y conducir el desarrollo económico, un segundo rol es el de agente económico directo al reservarse la realización de determinadas actividades consideradas estratégicas o prioritarias y un tercero es el de vigilante y sancionador de los agentes económicos cuando desobedecen la normatividad jurídico – económica.

La primera de las funciones previamente descritas es atingente al tema en análisis dado que, para que el Estado pueda cumplir con su labor de impulsor de la economía, debe respetar los derechos de los empresarios, en éste caso, el de los concesionarios que esperan recibir la contraprestación debida como consecuencia de la realización de los servicios públicos que les fueron encomendados, particularmente en lo que respecta al derecho fundamental al libre comercio consagrado en el artículo quinto de la Constitución federal.

Taruffo señala dos aspectos que caracterizan el significado de las garantías fundamentales de la justicia civil. El primero de ellos implica una función política, respecto al cual abundaremos en otro capítulo, por otra parte, el segundo, implica una función económica, esto es así cuando se contempla el proceso civil no sólo como reafirmante de garantías individuales, sino también como un factor relevante de desarrollo económico cuando asegura de manera rápida y satisfactoria la resolución de controversias.

---

<sup>227</sup> Arjona Trujillo, Ana María y Rubio Prado, Mauricio. *Análisis Económico del Derecho*. “Precedente” Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, Cali, Colombia. Anuario Jurídico 2002. P. 122.

<sup>228</sup> Ob. cit. P. 10

<sup>229</sup> Gómez Murillo, Moisés y Gutiérrez Rosas, Rosa María. *Introducción al Derecho Económico*. Editorial Esfinge, S.de R.L. de C.V. Naucalpan, Estado de México. 2005. Pp. 27-28.

Efectivamente, un proceso expedito garantiza una mejor circulación de la riqueza, apoya la eficiencia del mercado, protege la propiedad privada, el crédito y alienta las inversiones lo cual se traduce en la estimulación de los negocios a través de la producción y el consumo. En otras palabras, la presentación de un sistema procesal eficiente es una condición esencial para el buen funcionamiento de la economía.

En el marco de la efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos, se contempla que los procesos rápidos y expeditos así como la disponibilidad de remedios procesales eficaces responden a los intereses de los individuos y se convierten en verdaderos factores de desarrollo económico<sup>230</sup>. Se comparte la opinión vertida en otra de las obras de éste distinguido doctrinario italiano<sup>231</sup>, dónde señala que, la ineficiencia e incapacidad de la jurisdicción para brindar protección a los derechos de los gobernados, provoca que la parte más débil (en el caso que nos ocupa serían los concesionarios de servicios públicos), tenga que aceptar las condiciones impuestas por la parte fuerte (la concesionante pública) o resignarse a no recibir lo que le corresponde ya que, de acudir a un juez para defender sus derechos, con seguridad obtendría una solución no eficiente, tardía o incierta, además de gravosa.

### III.3.1 El equilibrio financiero como salvaguarda del concesionario.

El término “*equilibrio financiero*” en los contratos administrativos, atiende a la idea de que las condiciones pactadas en su seno, deben conceder contraprestaciones recíprocas para las partes intervinientes.

En materia civil la idea anterior sonaría redundante; sin embargo, debemos recordar que, en lo administrativo, los contratos se sujetan a un régimen extraordinario que concede determinadas prerrogativas exorbitantes a la administración pública con el objeto de que los fines de interés público que le competen puedan ser alcanzados aun en detrimento de lo que le pueda corresponder al particular con el que contrató.

Esto es particularmente aplicable a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos dónde el ente público tiene la posibilidad de resolver de manera parcial o total los términos del contrato excluyendo a su contraparte particular de tal modo que puede interrumpir la ejecución del mismo o dar por terminado de manera anticipada el contrato sin necesidad de recurrir a un proceso administrativo o jurisdiccional.

La teoría administrativa ha aportado un contrapeso a esta facultad exorbitante de la administración pública, a través de la idea del “equilibrio financiero” y sus

---

<sup>230</sup> Taruffo, Michelle. (obra *Páginas sobre justicia civil*) Ob cit p. 66

<sup>231</sup> Taruffo, Michele. (obra *Proceso y Decisión, Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*) Ob cit. P. 29.

derivaciones “la teoría de la imprevisión” y el “hecho del príncipe” sobre lo cual se abundará en el capítulo que analiza los servicios públicos en la presente tesis por lo que a continuación esta figura se revisará como un instrumento de salvaguarda para el concesionario.

Védél reconocía que la Administración Pública que contrataba gozaba de un poder modificador que potencialmente podría generar un detrimento de su co contratante derivado de una disminución de costos o una disminución de recursos, por ello, ante la posibilidad de esta “ruptura financiera”, resulta necesario prever un restablecimiento al particular a través de la estipulación de un sistema indemnizatorio automático que busque poner de nueva cuenta en igualdad a los “dos términos de la ecuación”; a esta mecánica, se le denomina “equilibrio financiero”.

Abunda en esta idea el autor en cita al destacar la paradójica posición en la que se encuentra el concesionario dado que, por un lado, tiene un derecho legítimo a percibir beneficios por la prestación del servicio público efectuado (o que realizará) pero, por otra parte, se ve sujeto al interés general lo que consecuentemente puede ocasionar una modificación a las condiciones originalmente pactadas, esta antinomia se resuelve a través del equilibrio financiero, figura que se justifica por el interés de que el mismo servicio sea prestado garantizándole al concesionario que, en caso de modificaciones extraordinarias a los términos del contrato, sería compensado, con lo cual se salvaguardaría su interés económico; esta situación brinda certeza económica al concesionario cuando contrata con el Estado y durante la ejecución de los servicios concesionados.<sup>232</sup>

Por su parte, Fraga estima que la composición de la parte contractual de la concesión está integrada por dos elementos: 1) las cláusulas que otorgan determinadas ventajas al concesionario; mismas que pueden dejar de existir en aras de la suficiente prestación del servicio público, y 2) el derecho del concesionario consistente en la protección de sus intereses económicos que implica una garantía de salvaguarda a sus inversiones<sup>233</sup>.

Son visibles ejemplos de esta búsqueda del equilibrio financiero en diversas normativas tal como la localizada en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que regula las contrataciones de la administración pública en Colombia que indica “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte*

---

<sup>232</sup> Védél, Georges. *Droit Administratif*. Collection Thémis, P.U.F. 1982. P. 357.

<sup>233</sup> Ob. cit. Pp. 245-246.

*afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*<sup>234</sup>

III.3.2 Las prerrogativas exorbitantes de la autoridad en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos como contrapeso de los derechos del concesionario.

Uno de los más relevantes principios de la teoría general de los contratos es el “*pacta sunt servanda*”, latinismo que expresa la idea de que los contratos son para cumplirse. Esta proposición implica que los contratos son actos jurídicos bilaterales donde se pactan derechos y obligaciones para ambas partes, que deben ser inmutables mientras las partes no los modifiquen de mutuo acuerdo y, por tanto, cada uno de ellos tiene el deber de acatarlos, so pena de que su contraparte los force por la vía jurisdiccional.

No obstante lo anterior, los contratos administrativos tienen connotaciones diferentes a los privados, esto es así ya que la autoridad concesionante cuenta con herramientas jurídicas para ejecutar las cláusulas exorbitantes contenidas en la parte de Derecho público de los contratos de concesión; entre las más relevantes encontramos la “*potestas variantis*”, el “hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión” que se proceden a revisar a continuación como parte del análisis del contrapeso que estas prerrogativas le brindan a la concesionante frente al concesionario, esto sin perjuicio de que en el siguiente capítulo se efectúe una revisión exhaustiva de dichas figuras.

III.3.2.1 Las implicaciones para el concesionario de la “*potestas variantis*”.

Se ha defendido en la presente tesis la posición de que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos son bivalentes, es decir, que están compuestos de dos partes, una de Derecho público y otra de Derecho privado que son, a la vez, disímbolas y complementarias; pues bien, en lo que respecta a la parte administrativa del contrato que es impuesta por la Administración Pública contratante para salvaguardar la prestación continua, uniforme y eficiente de los servicios públicos, se observa que dicho ente público se vale de cláusulas que establecen la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones establecidas en el contrato para lograr dicho objetivo.

Estas modificaciones inciden de modo directo en el objeto y contenido de las obligaciones que se establecen a cargo del concesionario; por ejemplo, puede pactarse que el contratante de Derecho público puede alterar, variar, sustituir o

---

<sup>234</sup> <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>



modificar condiciones respecto a las originalmente pactadas acorde a los requerimientos que exija la prestación del servicio público respectivo.

Villar Palasi, citado por Libardo Rodríguez, distingue el “*ius variandi*” del “*hecho del príncipe*” en que el primero implica una actuación específica encaminada a modificar directamente el objeto contractual (debido a lo cual también se modifica la economía del contrato), mientras que en el “*factum principis*” se toman medidas administrativas que, si bien pueden no modificar de modo directo el objeto del contrato, inciden sobre él provocando que para el concesionario se haga excesivamente onerosa la prestación de lo que le corresponde.<sup>235</sup>

### III.3.2.2 El respaldo resarcitorio para el concesionario devenido del “*hecho del príncipe*”.

La figura denominada “*hecho del príncipe*” proviene de la expresión francesa “*fait du prince*” también expresada en latín como “*factum principis*”.

La idea central de esta figura está basada en la posibilidad de que se presenten condiciones extraordinarias no imputables a ninguno de los contratantes, que causan una alteración tan sustancial a lo pactado en el contrato, que genera una ruptura en el equilibrio económico del acto jurídico y, por lo tanto, se genera una obligación de una de las partes, generalmente la concesionante, para reestablecer las condiciones previstas al momento en que fue celebrado el contrato.

Libardo Rodríguez hace un extenso análisis de esta figura en su estudio denominado “*La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*”, del cual se extraen las siguientes anotaciones.

El origen del término “*hecho del príncipe*” nace en la doctrina francesa como una forma de atenuar la fuerza coercitiva la Administración Pública cuando actúa como parte en un contrato, de tal modo que se le brinde a su contraparte privada la posibilidad de ser compensada cuando una ocurrencia extraordinaria le altera gravemente su contenido obligacional.

Para el cabal entendimiento del hecho del príncipe debe tenerse en cuenta que, cuando es celebrado un contrato bilateral oneroso, como lo es la concesión para la prestación de servicios públicos, las partes basaron sus pactos en determinadas condiciones sociales, económicas y hasta políticas, para asentar el alcance de sus derechos y obligaciones; sin embargo, puede acontecer que determinadas circunstancias alteren significativamente los alcances obligacionales del concesionario, como lo pueden ser la necesidad del ente concesionante de

---

<sup>235</sup> Rodríguez Rodríguez, Libardo. Artículo denominado “*La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*”, contenido en la obra denominada “*Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*”. Fernández Ruiz, Jorge, Santiago Sánchez, Javier. Coordinadores. 1ª ed. Universidad Nacional Autónomas de México. México. 2007. Pp. 372-374, 379, 389.

retomar la prestación del servicio por sus propios medios, reducir la prestación del servicio, exigir la adquisición de maquinaria o personal adicional o, inclusive, puede darse por circunstancias de carácter macroeconómico como un incremento desmesurado del precio controlado del combustible o un incremento en las tasas de interés que incidan de manera directa en los costos financieros del concesionario que le haga extremadamente oneroso e inclusive deficitario el seguir efectuando los servicios concesionados dado que la contraprestación originalmente establecida no preveía ajustes concordantes (sin perder de vista que la realización de los servicios públicos no puede ser suspendida ni abandonada); bajo esta coyuntura, se activa el mecanismo jurídico denominado hecho del príncipe, mediante el cual la Administración Pública establece una indemnización para compensar a su co contratante por los gastos desmedidos o inversiones extraordinarias en que tenga que incurrir para mantener la prestación continua de los servicios públicos.

En la actualidad, esta figura admite una acepción en sentido lato y otra en sentido estricto; la primera se refiere a cualquier intervención del Estado que implique afectar la ejecución del contrato; en sentido estricto, se designa a los actos provenientes del ente público que, sin tener por objeto el contrato, producen efectos sobre el mismo en cuanto a sus condiciones de ejecución.

La doctrina francesa actual indica que el hecho del príncipe implica un comportamiento de la Administración Pública que no puede ser previsto cuando se signa el contrato pero le genera consecuencias respecto a su ejecución (Laurent Richer citado por Libardo Rodríguez).

El autor en cita afirma que el hecho del príncipe y la responsabilidad objetiva de la Administración Pública comparten la misma causa, o sea, la de resarcir al particular de los daños extraordinarios que sufra derivado del actuar del Estado.

El hecho del príncipe puede ser establecido como una cláusula dentro del contrato de concesión o bien, ser hecho valer por el concesionario ante la eventualidad correspondiente, aun sin estar incluido expresamente en el pacto celebrado con la concesionante y consistiría en el pago o compensación económica que el ente gubernamental le retribuya a fin de reestablecer el equilibrio financiero necesario para que éste pueda seguir prestando los servicios públicos de manera continua, eficaz e integral.

#### III.3.2.2.1 Condicionantes para el ejercicio del hecho del príncipe.

Se ha indicado que, ante la variación de las condiciones pactadas originalmente en el contrato de concesión, el concesionario puede verse indemnizado por su contraparte pública; sin embargo, esta activación no puede ser indiscriminada dado que el Estado se vería obligado a otorgar compensaciones a la menor

variación de las condiciones que prevalecían cuando el contrato fue celebrado, por ello, es importante distinguir los supuestos en los cuales es aplicable esta figura.

La doctrina y criterios jurisprudenciales latinoamericanos han aportado diversas opiniones sobre las condiciones que deben suscitarse para la aplicación del hecho del príncipe, los cuáles son reunidos y expuestos por Libardo Rodríguez<sup>236</sup>, conforme a lo siguiente:

- a) El acontecimiento que genera la alteración del contenido contractual debe ser atribuible a la entidad pública contratante. En otras palabras, la concesionante es la que provoca, de manera directa o derivado de un acontecimiento que le resulta atribuible, un cambio en las condiciones originalmente contratadas, por ejemplo, en el supuesto en el que la concesionaria encargada de la recolección de residuos domiciliarios, se ve obligada a recolectar un mayor número de toneladas debido al incremento poblacional cuándo se fijó una tarifa fija al momento de la celebración de la concesión siendo que dicha contraprestación ha dejado de ser redituable frente a los costos e inversiones realizados por el particular; en este supuesto, resultaría procedente la solicitud de actualización de la contraprestación para equilibrar el costo incrementado y hacer sustentable la prestación concesionada del servicio prestado.
- b) Que la actuación gubernamental que altere las condiciones gubernamentales sea posterior a la presentación de la propuesta de servicios hecha por el concesionario o a la celebración del contrato. Si el hecho extraordinario ocurre previo a la proposición del concesionario (generalmente hecha dentro de un proceso de licitación pública) o a la firma del contrato, debe estimarse que éste tuvo la posibilidad de convenir con su contraparte los ajustes necesarios para que el equilibrio económico previsto se mantenga.
- c) Que el acto efectuado por el ente público sea excepcional, es decir, que no pueda ser previsto por el concesionario. En el contrato pueden pactarse cláusulas que prevean actualizaciones a las contraprestaciones económicas del concesionario de manera periódica a través de fórmulas diversas; sin embargo, ante un acontecimiento de la naturaleza que se indica, puede acontecer que estas fórmulas no reflejen o compensen los gastos y/o inversiones que realice el concesionario.
- d) Que el actuar del concesionante altere de manera extraordinaria y anormal la economía del contrato provocando un gravamen excesivo al concesionario. En todo negocio hay riesgos que los particulares asumen (en éste caso el concesionario); sin embargo, los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos pueden estar sujetos a variables excesivas e imprevistas que pueden generar un serio desbalance a la

---

<sup>236</sup> Ob. cit. p. 383.

economía del contratante privado; puesto de otro modo, se indica que el hecho del príncipe no es justificable ante variaciones que no resulten drásticas.

### III.3.2.3 La teoría de la imprevisión

En el ámbito civil la teoría de la imprevisión tiene su origen en la reconsideración del principio "*Pacta Sun Servanda*", es decir, que los convenios están para ser cumplidos por las partes o que lo pactado en los contratos tiene fuerza de ley para las partes que los celebran; la revisión de esto consiste, siguiendo a Planiol (citado por López Monroy) en la consideración de que, en los casos en que el contrato no se ejecuta de manera inmediata, puede presentarse la eventualidad provocada debido a causa de modificaciones de las circunstancias que condicionan la ejecución del contrato generando así una pérdida para una de las partes y, consecuentemente, una ganancia superior a la prevista para la otra.

Al tomar como base de lo anterior, se considera que es menester atenuar la rigidez de la fuerza de la vinculación de las partes a fin de salvar un equilibrio entre las partes para moderar los daños y perjuicios que una de ellas pueda sufrir; en esta rama del Derecho, se denomina a esta teoría como la *cláusula "rebus sic stantibus"*<sup>237</sup>.

Maurin<sup>238</sup>, revisando la jurisprudencia francesa, indica que la teoría de la imprevisión es aplicable en caso de modificación de las condiciones del contrato por causa de circunstancias económicas<sup>239</sup>.

Esta teoría se ha extrapolado a la materia administrativa a través de las figuras de la "*potestas variantis*" y la teoría del hecho del príncipe que fueron revisadas con anterioridad.

Fernández Ruiz<sup>240</sup> señala que los antecedentes de la teoría de la imprevisión se remontan al principio acuñado por los posglosadores del Derecho romano que indicaba: "*se presume que los contratantes sólo están dispuestos a mantener y cumplir las obligaciones contraídas mientras no cambien las circunstancias en que contrataron*"; esta postura fue llevada a los contratos celebrados con la Administración Pública con posterioridad a la primera guerra mundial dónde los

---

<sup>237</sup> López Monroy, José de Jesús. La cláusula "*rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión*". Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho. UNAM. Número 3, julio-septiembre de 2011. México. 2011. Pp. 74-75.

<sup>238</sup> Maurin, André. *Derecho administrativo francés*. Editorial Porrúa. México. 2004. P. 93.

<sup>239</sup> Cita éste autor los casos CE del 30 de marzo de 1916, Compañía General de Alumbrado de Bordeaux y el GFJA núm. 33, que conoció de un caso de aumentos considerables en el precio del carbón que afectó a un concesionario fabricante de gas, derivado de lo cual actuó la administración pública para subsanar el déficit acontecido.

<sup>240</sup> Fernández Ruiz, Jorge. (obra *Derecho Administrativo. Contratos*) ob. cit. Pp. 90-91.

contratistas de la administración se encontraban con situaciones macroeconómicas extraordinariamente gravosas como lo eran las bruscas devaluaciones de las monedas de los países europeos o la hiperinflación en dichas naciones lo cual generó el empleo de la cláusula “*rebus sic stantibus*” que en su acepción completa indica “*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*” o “*todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales*”.

La precitada cláusula “*rebus sic stantibus*” se ha extrapolado al ámbito hispanoamericano en los contratos de concesión de servicios y obras públicas conforme a la cual se establece que los riesgos son asumidos por el concesionario siempre y cuando subsistan las circunstancias y condiciones económicas que prevalecían en el momento en que fue celebrado dicho acto jurídico, es decir, que ante una variación extraordinaria de las condiciones a las que originalmente se sujetó el contrato, el concesionario tiene la facultad de exigir una compensación de la concesionante la cual puede consistir en una modificación tarifaria, en la ampliación de vigencia de la concesión, en la prórroga de un plazo de ejecución de los servicios o en cualquier otro ajuste que haga sustentable y redituable al particular la prestación de lo concesionado.

Como corolario a estas figuras jurídicas que tienen como denominador común la facultad del ente público concesionante de alterar las condiciones primigenias establecidas en el contrato en cuestión, se afirma que estas prueban la bivalencia de la concesión para la prestación de servicios públicos ya que las mismas se suscriben a su parte de Derecho público; esto es así ya que solo podría entenderse la facultad exorbitante del ente público de quebrantar el “*pacta sunt servanda*” ante la responsabilidad del Estado de preservar la prestación de los servicios públicos, es decir, la causa de interés público, consecuentemente, las acciones que el concesionario intente reclamar a la administración pública para reestablecer el equilibrio financiero de la concesión serán competencia de la jurisdicción administrativa.

### III.3.3 La tutela judicial efectiva como impulsora de la economía

La importancia de que los empresarios que han obtenido una concesión y prestados los servicios correspondientes puedan obtener un efectivo acceso a la jurisdicción implica también una función económica, esto es así cuando se contempla que la posibilidad de acceder a un proceso que le reinstale en el goce de sus derechos, no sólo conforma un reafirmante de garantías individuales, sino también un relevante factor de desarrollo económico cuando asegura de manera rápida y satisfactoria la resolución de controversias; efectivamente, un proceso expedito garantiza una mejor circulación de la riqueza, apoya la eficiencia del mercado, protege la propiedad privada, el crédito y alienta las inversiones lo cual

se traduce en la estimulación de los negocios a través de la producción y el consumo; en otras palabras, la presentación de un sistema procesal eficiente es una condición esencial para el buen funcionamiento de la economía.<sup>241</sup>

A fin de probar si el sistema jurídico mexicano provee al concesionario de las herramientas procesales y jurisdiccionales suficientes para hacer valer sus derechos contractuales ante la disrupción del cumplimiento de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, se procede a efectuar un análisis de las diversas vías que puede ejercer lo cual será correlacionado en el capítulo quinto con el análisis de una muestra de casos que mostrará los avatares a los que tienen que enfrentarse los particulares.

#### III.4 Análisis de las vías procesales atendibles al concesionario que presta servicios públicos.

Se ha procedido al análisis de la relación originada entre concesionante – ente público y concesionario – particular, con motivo de la celebración de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos donde se vio que la multivocidad interpretativa de su naturaleza jurídica ha llevado a determinar dos enfoques distintos: uno se decanta a considerar que surgen relaciones de coordinación entre las partes, es decir, que la Administración Pública se pone al mismo nivel del particular originando una relación meramente sinalagmática; el segundo enfoque considera que el ente concesionante mantiene una supremacía posicional frente al particular dado que nunca se despoja de su investidura pública, por ello, tendrá siempre la posibilidad de imponer condiciones aún dentro del pacto convencional enmarcado dentro del contrato de concesión.

La referencia contextual previa es relevante a la luz del análisis de las vías procesales que le competen al concesionario que pretende ser resarcido de los incumplimientos de su contraparte gubernamental.

Uno de los problemas nodales planteados en la presente tesis es la complejidad conceptual y normativa que en el sistema legal mexicano presenta el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos lo cual ha redundado en una falta de entendimiento por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales encargados de resolver las controversias suscitadas con motivo de su cumplimiento y/o interpretación que, a su vez ocasiona incide en una falta efectiva de los derechos de los concesionarios ante las dificultades que tienen para acceder a la impartición de justicia.

Guasch alude a las dificultades que se presentan a los concesionarios para conseguir que sus contrapartes gubernamentales respeten las cláusulas de los

---

<sup>241</sup> Ob. cit. P. 66.

contratos de concesión no obstante que las labores que realizan implican mejoras técnicas y económicas a la prestación del servicio público respectivo<sup>242</sup>.

En los siguientes numerales se revisarán las dos vertientes de la solución de conflictos derivados de los contratos administrativos: en la primera se revisará la línea administrativa, contemplada ante la presencia de entidades gubernamentales como parte otorgante de las concesiones y, en la segunda, se analizará la jurisdicción del Derecho privado, ante los reclamos de incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas entre las partes, como lo puede ser el cobro de lo adeudado por la prestación de servicios efectuada por los concesionarios.

#### III.4.1 Las vías administrativas en la solución de controversias derivadas de la prestación de servicios concesionados.

En una interpretación armónica de la propuesta teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, debe considerarse que las vías administrativas deben ser atendidas ante la presencia de controversias derivadas de la parte de interés público de dicho contrato, es decir, como resultado de inconformidades que inciden en las cláusulas de Derecho público y/o exorbitantes fijadas en el contrato con la finalidad de salvaguardar la continua, uniforme y eficaz prestación de servicios públicos; sin embargo, se observa una tendencia jurisdiccional a considerar que, cualquier controversia originada en un contrato de concesión, debe ser dirimido ante la instancia jurisdiccional por la sola razón de que la entidad pública es parte en dicho acto jurídico, lo cual resulta equívoco por las razones que se exponen en los numerales siguientes.

##### III.4.1.1 El recurso administrativo.

Una de las vías de resolución de controversias suscitadas entre concesionante y concesionario es la del recurso administrativo que se resuelve ante la misma autoridad generadora del acto o hecho jurídico que el gobernado pretende impugnar.

La característica de éste tipo de procesos es que se trata de una forma de autocomposición de las decisiones administrativas a través de la cual, la entidad pública correspondiente, revisa la inconformidad expuesta por el particular y decide sobre la confirmación o revocación de su actuar.

Como nota al margen debe indicarse que los procesalistas denominan al recurso administrativo como “procedimiento administrativo”, lo cual puede generar

---

<sup>242</sup> Guasch, Luis J. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Antoni Bosch editor. Barcelona. 2005. P. 84.

confusiones con el procedimiento contencioso administrativo lo cual vale la pena aclarar.

En primer lugar debe aclararse que la denominación “procedimiento administrativo” no es limitativa de los recursos promovidos por los particulares contra la autoridad que dictó una medida que los afecta, sino que tiene una connotación más amplia al considerar todo instrumento formal necesario para producir actos de la administración pública constituyente de un instrumento regulador de una relación jurídica al vincular a las partes intervinientes (autoridad – gobernado) y establecer derechos, obligaciones y cargas en sus distintas fases (según lo afirma Delgadillo *et al*)<sup>243</sup>; asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) lo define como “*el conjunto de trámites y formalidades jurídicas que preceden a todo acto administrativo, como su antecedente y fundamento, los cuales son necesarios para su perfeccionamiento, condicionan su validez y persiguen un interés general*”; no obstante la aclaración anterior, la acepción del término “procedimiento administrativo” es el que se refiere al conjunto de fases previstas en las leyes o reglamentos mediante lo cual el gobernado afectado por un acto u omisión de la administración pública, combate dicha afectación ante la misma autoridad a fin de que esta corrija las ilegalidades acontecidas.

Como se mencionó, éste procedimiento o recurso administrativo se deriva de la emisión de un acto u omisión de un ente público pudiendo ser éste una inspección o visita domiciliaria en la cual se fijó una sanción para el particular.

Resulta conveniente señalar un par de definiciones de la figura del recurso administrativo para comprender cabalmente sus alcances; Canosa lo define como toda impugnación respecto a un acto administrativo promovido por persona que tenga un derecho jurídicamente protegido con la finalidad de que el órgano que lo emitió, su superior jerárquico o el órgano que ejerce control de tutela o jerarquía atenuada, lleve a cabo la revocación, confirmación o saneamiento del susodicho acto<sup>244</sup>; de manera similar, Monti, dice que consiste en un medio de impugnación de alcance particular promovible en un plazo particular, con la finalidad de que la autoridad que dictó el acto cuestionado, su superior jerárquico, o quien ejerza control de tutela, procedan a revocar, sustituir o modificar el precitado acto impugnado<sup>245</sup>.

La finalidad teórica de los recursos es darle a la autoridad emisora (u omisora) del acto administrativo (en éste caso del contrato concesión) para revisar y, en su

---

<sup>243</sup> Ob. cit. Pp. 225-226.

<sup>244</sup> Canosa, Armando. “*Los recursos*”, capítulo contenido en la obra “*Procedimiento Administrativo*”. AAVV. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1998. P. 98.

<sup>245</sup> Monti, Laura. “*el agotamiento de la instancia administrativa*”, capítulo contenido en la obra “*Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*”. AAVV. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2003. P. 211.



caso, corregir los errores, emisiones, desviaciones o ilegalidades cometidas en el desempeño de sus funciones, a fin de evitar que el ciudadano afectado por su actuar, tenga que recurrir a una autoridad jurisdiccional para remediar su situación. En éste sentido, Arias Gayoso afirma que el acto de autoridad debería ser anulado y sustituido cuando se compruebe de manera fehaciente e indubitable que la decisión administrativa era incorrecta y afectaba sin razón justificada el derecho del particular<sup>246</sup>.

Pérez Dayán propone diversos criterios de clasificación de la actividad de control de la Administración Pública de lo cual se destacan dos: 1) el que se basa en el objeto que se propone el órgano que lleva a cabo dicha actividad de control, que puede ser de legalidad, si trata de determinar si el acto controlado fue dictado en apego a un ordenamiento jurídico vigente o de oportunidad, cuando trata de definir si la actividad del órgano controlado se ajusta a la finalidad para la cual fue creado; 2) el segundo criterio considera al acto de control interno si se resuelve por órganos de la propia entidad emisora o externo si es resuelto por un órgano de la administración activa sobre el comportamiento de una paraestatal<sup>247</sup>.

Corvalán nos indica que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los recursos administrativos deben ser un “*plus*” respecto al límite mínimo de tutela efectiva representada por la instancia judicial; para que esto se surta, dichos recursos deben tener las siguientes características: a) ser efectivos; b) ser idóneos o útiles y c) que se apeguen al debido proceso legal<sup>248</sup>.

Es necesario señalar que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos pueden ser celebrados por entidades públicas federales, estatales o municipales, por lo cual, les resultan aplicables diversas leyes y reglamentos que las regulan en cada una de esas competencias, entre las cuales aún se encuentran disposiciones que ordenan, expresa o implícitamente, la necesidad de agotar el recurso administrativo previo a la jurisdicción contenciosa.

Respecto a la definitividad necesaria del recurso administrativo cabe mencionar que, si bien la tendencia de la legislación mexicana es brindar al particular agraviado la posibilidad de optar por recurrir al recurso administrativo o acudir directamente a la jurisdicción contenciosa - administrativa, no puede ignorarse que aún existen textos normativos que establecen la necesidad de agotar el recurso administrativo cuando surgen controversias entre las partes.

Otra fuente de remisión al recurso administrativo (o a un procedimiento de resolución de controversias inter partes, que, para efectos prácticos es

---

<sup>246</sup> Arias Gayoso, Grethel. *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*. Editorial Novum. México. 2015. P. 125.

<sup>247</sup> Pérez Dayán, Alberto. *Teoría general del acto administrativo*. Editorial Porrúa. México. 2014. P. 161.

<sup>248</sup> Ob. cit. Pp. 1152-1153.

equiparable al desahogo de un recurso administrativo) lo es el contrato de concesión en sí ya que en estos se establecen con regularidad, cláusulas que indican el sometimiento del concesionario a una conciliación o a un procedimiento administrativo, cuando éste tiene una inconformidad o bien, cuando la concesionante pretende rescindir, caducar, terminar o hacer ajustes al contrato.

#### III.4.1.1.1 La falta de efectividad de la autotutela administrativa para el concesionario.

Es cuestionable la utilidad del recurso administrativo ya que la praxis indica que la cantidad de asuntos que son revocados o, por lo menos modificados por la autoridad emisora u omisa, son mínimos, esto debido a una tendencia a la negativa a reconocer los errores en su actuar.

Corvalán<sup>249</sup> identifica las razones por las cuales la doctrina y los precedentes judiciales justifican la existencia de los recursos administrativos, lo cual se resume y critica a continuación:

a) Brinda la oportunidad a la Administración Pública de no ser llevada a juicio. Se estima que esta afirmación no tiene sustento dado que la autoridad podrá hacer valer sus defensas, pruebas y alegatos en la instancia jurisdiccional, por lo cual no se encontrará indefensa ante esta posibilidad, por el contrario, el hecho de desahogar un recurso administrativo redundará únicamente en perjuicio del particular inconforme ya que la resolución de su agravio se verá pospuesta afectando así su derecho a recibir justicia pronta y expedita.

b) Tiene la función de abrir una “etapa preliminar de conocimiento”. Tampoco es justificable esta posición dado que la autoridad conoce de antemano los pormenores del asunto cuestionado debido a que ella misma fue la que lo emitió, situación que la conduce a tratar de justificar su actuación y validarla, lo cual no resulta satisfactorio para el gobernado afectado por el acto o contrato administrativo correspondiente.

c) Se respeta la autonomía de la autoridad emisora y promueve la eficiencia de la administración al evitar interferir de manera prematura en su proceso decisorio. Es razonable esta motivación; sin embargo, se observa en la práctica que rara vez la autoridad efectúa un ejercicio de auto corrección al reconocer sus errores, por el contrario, aprovecha los recursos administrativos para buscar legitimar sus decisiones evitando así ser cuestionada por sus superiores jerárquicos por la comisión de los mismos. Cabe efectuar una reflexión en éste punto respecto a la forma de supervisión de los servidores públicos la cual se centra en la detección de errores o desaciertos para sancionarlos en lugar de considerar como positiva su rectificación; esto debería ser adecuadamente valorado ya que una

---

<sup>249</sup> Ob. cit. Pp. 1126-1127.

reconsideración oportuna y pronta no solo satisface a los gobernados sino también evita distracciones a los funcionarios públicos al prescindir de la necesidad de defender sus decisiones ante órganos jurisdiccionales en largos litigios.

d) Otorgar la oportunidad a los entes públicos de enmendar sus errores atendiendo las observaciones hechas por el particular. Es loable esta intención; sin embargo, en la realidad, es prácticamente nula la posibilidad de que un órgano público reconozca y corrija su error dentro del recurso administrativo, por lo cual, es ineficaz éste razonamiento.

e) Que la autoridad cuente con la oportunidad de promover el control de legitimidad, oportunidad y conveniencia de sus actos mediante la revisión por parte de sus órganos superiores. Nos remitimos a lo criticado en el punto anterior ya que los órganos superiores tienen la misma tendencia a ratificar los actos efectuados por sus inferiores, por lo cual resulta infructuoso para el gobernado agotar esta vía.

f) Se genera el “*efecto filtro*” al evitar que un número mayor de casos lleguen a la instancia jurisdiccional. Este argumento es una falacia ya que, como se comentó en líneas anteriores, el número de asuntos que se resuelven en la instancia del recurso administrativo es mínimo si no es que nulo.

e) Se facilita la revisión jurisdiccional al haberse expuesto las posiciones de las partes dentro del recurso administrativo. Si bien es cierto que el tribunal que conozca de la controversia contará con antecedentes por lo ocurrido dentro de la inconformidad, debe considerarse también que el procedimiento contencioso administrativo es de litis abierta, por lo cual el quejoso puede ampliar o cambiar sus argumentos de queja, por lo cual no sería preciso que la nueva controversia se limite a revisar lo que aconteció en la instancia previa.

Al hablar de la expansión de los espacios de la jurisdicción, Ferrajoli<sup>250</sup> detecta un creciente papel de la magistratura como ente externo a la Administración Pública debido a la necesidad de resolver los conflictos y demandas de satisfacción de justicia que no colman las instituciones de gobierno. La jurisdicción se convierte así en un “*espacio legitimador*” para que los ciudadanos puedan hacer sentir su voz, hacer perceptibles sus derechos y hacerlos valer lo cual no acontece en las resoluciones emitidas por los entes públicos cuando resuelven recursos administrativos.

La aseveración del precitado autor resulta particularmente conducente al problema planteado en la presente tesis debido al siguiente razonamiento: si el ente público ha incumplido obligaciones sinalagmáticas en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos y el concesionario se las reclama, el resultado devendría en obligarse a sí mismo a satisfacer las demandas de su contraparte

---

<sup>250</sup> Ob. cit. P. 221.

(siendo que se ha opuesto u omitido cumplir previamente) por lo cual, el resultado previsible es que no dictará una resolución que modifique su posición; lo que cabría esperar es que el concesionario negará la procedencia de la reclamación con la expectativa de que éste no acuda a una instancia jurisdiccional o, por lo menos, a postergar indefinidamente, una resolución vinculatoria de un tercero que lo obligue a dar cumplimiento a lo que le es exigido.

Otra dificultad de orden práctico que se detecta para la efectiva resolución de los recursos administrativos lo es el hecho de que estos son resueltos, en el mejor de los casos, por las áreas jurídicas de las dependencias respectivas (en otros son resueltos por áreas administrativas) lo cual es negativo para la adecuada tutela de los derechos de los concesionarios por dos razones: la primera consiste en la sobre carga de trabajo que estos servidores públicos tienen lo cual provoca retrasos en el trámite y resolución de las inconformidades; la segunda consiste en el hecho de que la función principal de los encargados de dichas áreas lo es la atención de los asuntos jurídicos del ente correspondiente y no la resolución de las controversias promovidas por los particulares inconformes lo cual afecta tanto la calidad como la imparcialidad de sus resoluciones.

Respecto a esta cuestión Corvalán indica que el recurso administrativo debe representar una garantía para la persona y no un privilegio para el Estado que le sirva para demorar la instancia jurisdiccional, en otras palabras, el recurso administrativo no debería servir para impedir la llegada de la controversia a un juez, sino para hacer esto innecesario ante la efectividad del recurso administrativo (lo cual se estima no acontece en nuestro sistema)<sup>251</sup>.

De manera coincidente con lo señalado en el presente numeral, López Olvera<sup>252</sup> opina que el problema de los recursos administrativos en la práctica es que, lejos de facilitar la protección jurídica de los particulares respecto a los actos de la administración, los recursos se han convertido en obstáculos o trampas en las que se ve envuelto el administrado al tener que sortear requisitos y formalidades excesivas e innecesarias.

Cómo corolario a éste punto, se considera que el agotamiento obligatorio de los recursos administrativos resulta inconstitucional ya que el artículo 17 de la Constitución federal establece el derecho fundamental de recibir justicia expedita a través de la emisión pronta, completa e imparcial de resoluciones lo cual no acontece en dichos recursos dado que estos son parciales a favor de la autoridad que es juez y parte, además de que su desahogo implica una pérdida de tiempo para los gobernados que pretenden la revocación de un acto de autoridad que les afecta.

---

<sup>251</sup> Ob. cit. 1152.

<sup>252</sup> López Olvera, Miguel Alejandro. *“Retos y reflexiones sobre la justicia administrativa local”*, capítulo contenido dentro la obra denominada *“Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas”*, coordinada por Béjar Rivera, Luis José. Editorial Porrúa, Universidad Panamericana. México. 2010. P. 321.

El establecimiento de esta traba procedimental vulnera también las garantías estipuladas en la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente en lo que respecta a su artículos 25.1, que indica que toda persona tiene derecho a recursos efectivos y de rápida resolución aun cuando se trate de violaciones cometidas por funcionarios públicos y respecto al artículo 29 inciso a), que prohíbe la interpretación del contenido de dicho tratado en el sentido de que se suprima a las personas el ejercicio de los derechos y libertades ahí contenidos.

#### III.4.1.2 El contencioso administrativo.

Se ha señalado que las vías de Derecho público que consideran la posibilidad de resoluciones en el ámbito de lo administrativo tienen su justificación subjetiva ante la presencia de una entidad pública como parte del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, o, en lo objetivo, debido a que la controversia surgida atienda a la parte de interés público de dicho contrato; acorde a ello, ha llegado el momento de revisar la vía del contencioso administrativo como medio de solución de éste tipo de controversias.

Como primera medida, debemos distinguir a los recursos administrativos (procedimiento administrativo) del procedimiento contencioso administrativo; los primeros son instancias auto compositivas dado que quien los resuelve es el mismo ente público emisor del acto de autoridad (o el que omitió responder una petición del particular); mientras que el contencioso administrativo es un proceso contencioso verificado ante una magistratura neutral y objetiva que ejerce plenitud jurisdiccional.

Margáin Manautou establece una distinción entre el procedimiento administrativo de plena jurisdicción (visto a través del juicio de amparo administrativo) y el de anulación (conocido por los tribunales de justicia administrativa); si bien, éste autor no establece un concepto directo del juicio de lo contencioso administrativo, de los puntos divergentes señalados, pueden inferirse sus elementos: 1) A través de éste juicio se hacen valer violaciones a las leyes; 2) No cuenta con medios de ejecución para hacer valer sus sentencias, es decir, que no puede darle instrucciones al ente público respectivo sobre el dictado de un nuevo acto ni mucho menos dictarlo por sí; 3) El efecto de la sentencia es “*erga omnes*” ya que produce efectos aun contra las autoridades que no hayan sido señaladas como partes en el juicio<sup>253</sup>.

López Olvera hace hincapié en que, parte de la problemática de la jurisdicción contenciosa – administrativa, consiste en la falsa creencia de que esta es una instancia revisora en segunda instancia del recurso administrativo sino que debe considerarse como una institución protectora de los derechos afectados al

---

<sup>253</sup> Ob. cit. Pp. 3-4.

gobernado, es decir, que ha pasado a ser objetiva a convertirse en un derecho subjetivo de protección al ciudadano frente al poder<sup>254</sup>.

Ahora bien, se ha afirmado a lo largo de la presente tesis que el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos tiene una parte de Derecho público que atiende a las cláusulas “*de ley*”, es decir, las que los textos normativos imponen como inamovibles y que deben ser contempladas de manera previa a la formalización del contrato; el objetivo de estas cláusulas es salvaguardar la prestación continua, uniforme y regular de los servicios concesionados así como permitirle a la concesionante intervenirlos para prestar directamente los mismos o, inclusive asignarlos a un tercero por así convenir al interés público.

Una prueba de la dispersidad legislativa que incide en la interpretación de los contratos administrativos en nuestro sistema es localizable en las leyes federales y estatales que regulan lo contencioso administrativo; esto es así dado que los cuerpos normativos que regulan esta materia presentan disposiciones contradictorias que generan equívocos al momento de someter a la jurisdicción de los tribunales de justicia administrativa las controversias correspondientes.

Acorde a lo anterior, se observa que, en la fracción VIII del artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se establece que es competencia de dicho órgano jurisdiccional, el conocimiento de controversias derivadas de la interpretación y cumplimiento de contratos públicos (incluyendo la prestación de servicios), que celebren las dependencias de la Administración pública federal (ya sea centralizada, paraestatal o de las empresas productivas del Estado); esta disposición, si bien no es incorrecta, si resulta incompleta a la luz de la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que éste tribunal sólo debería conocer controversias surgidas con motivo de alguna disposición de la parte de Derecho público de dicho contrato; esto es así ya que el someter una disputa derivada de la porción de Derecho privado de la concesión, generaría una incongruencia dispositiva al ser el contencioso administrativo un tribunal de nulidad, es decir, que su naturaleza jurisdiccional atiende al conocimiento de las ilegalidades de los actos efectuados por la Administración Pública para resolver sobre su validez o invalidez, por ello, una controversia derivada de un cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas del contrato debería ser atendida por un órgano jurisdiccional judicial de Derecho privado.

Se contrasta la posición previamente articulada con la determinación competencial del Tribunal de Justicia Administrativa de Nuevo León que le otorga la Ley de Justicia Administrativa de dicha entidad federativa. El artículo 17 de la precitada ley establece en su proemio las reglas de procedencia de controversias ante dicha

---

<sup>254</sup> Ob. cit. pp. 316-317.

instancia, señalando que sólo procederán los juicios que tengan las siguientes características:

- Que se promuevan contra uno o más de los actos o resoluciones descritos en las catorce fracciones indicadas en dicho artículo. Es esencial resaltar que, a diferencia de lo indicado en el ámbito federal, en el estatal de Nuevo León no se contempla como atribución competencial del tribunal de lo contencioso administrativo, el conocimiento de controversias derivadas de la interpretación o cumplimiento de contratos administrativos.
- Procede contra actos o resoluciones dictados, ordenados, ejecutados o que se pretendan ejecutar por autoridades administrativas, fiscales o paraestatales del Estado de Nuevo León o bien, de los municipios de dicha entidad federativa.
- Es necesario que estos actos o resoluciones sean emitidos por las autoridades previamente citadas, en su carácter de autoridad.

Los anteriores elementos confirman la calidad de tribunal de anulación del contencioso administrativo neoleonés y no de resolutor de controversias de orden privado entre las partes de un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos lo cual es un sostén de la teoría de la bivalencia de dicho acto jurídico dado que esta sería aplicable para distinguir los casos en los cuales debería someterse una controversia ante un tribunal de justicia administrativa (es decir, cuándo se trate de un actuar como autoridad de la concesionante mediante el cual imponga una cláusula exorbitante de interés público agravando al concesionario) o ante un juzgado civil o mercantil (cuándo se trate de la exigibilidad de cláusulas sinalagmáticas derivadas de la prestación de servicios).

Cómo puede observarse, se presenta una antinomia entre la legislación federal y la estatal de Nuevo León respecto al ámbito competencial de los tribunales de justicia administrativa de dichos órdenes, lo cual comprueba la multivocidad interpretativa de la jurisdiccionalidad de las controversias surgidas de los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos.

La tesis emitida por el pleno de nuestro máximo órgano jurisdiccional denominada *“COMPETENCIA POR MATERIA SE DEBE DETERMINAR TOMANDO EN CUENTA LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y NO LA RELACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL ENTRE LAS PARTES”*<sup>255</sup>, abona a la posición sostenida en el presente trabajo que afirma que las controversias derivadas de la parte de Derecho privado de un contrato de concesión puedan ser atendidas por un tribunal distinto a uno de justicia administrativa, dado que reconoce que la competencia se surte en atención a la esencia de la acción y no al acto jurídico donde se encuentra contenida. Esta tesis establece lineamientos que indican que, al

---

<sup>255</sup> Novena Época. 1010999. 14. Pleno. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo VII. Conflictos Competenciales Primera Parte - SCJN Primera Sección - Reglas generales, Pág. 21.

presentarse un conflicto de competencia entre los diversos tribunales especializados de nuestro país (civiles, agrarios, penales, etc.), debe efectuarse un detenido análisis de las prestaciones que el actor reclama, de los hechos narrados, las probanzas ofrecidas y los preceptos legales que sustentan la demanda prescindiendo del estudio de la relación jurídica sustancial que vincule a las partes ya que esto formaría parte de la resolución de fondo del litigio que le corresponde al órgano jurisdiccional y no al tribunal de competencia ya que, de otro modo, éste estaría prejuzgando al utilizar una atribución con la que no cuenta debido a que su decisión vincularía a los órganos jurisdiccionales en conflicto.

Como corolario a éste punto se destaca la importancia de determinar la asignación con claridad la vía jurisdiccional a seguir para resolver las controversias entre las partes, de tal modo que, si se trata de una disputa respecto a la interpretación o cumplimiento de una cláusula situada en la parte de “Derecho público” de la concesión, la jurisdicción atendible será la administrativa, si, por el contrario, es una cláusula de contenido sinalagmático, entonces tendrá que recurrirse a una jurisdicción de Derecho privado.

En suma, el procedimiento contencioso administrativo solo debe ser considerado para resolver controversias surgidas en la parte de Derecho público del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, así, le corresponderá al concesionario atender la jurisdicción administrativa cuando se vea afectado por la aplicación de un acto devenido de la aplicación de las cláusulas exorbitantes que afecte sus intereses jurídicos y requiera anular dicha actuación; por su parte, la autoridad concesionante, sólo podrá acudir a esta instancia cuando pretenda anular una decisión tomada por ella misma considerando la existencia de una ilegalidad en su otorgamiento, en éste caso, la vía a seguir sería el juicio de lesividad.

III.4.1.2.1.1 La influencia política en el favorecimiento de las posiciones las concesionantes municipales.

Taruffo señala dos aspectos que caracterizan el significado de las garantías fundamentales de la justicia civil: el primero de ellos implica una función política, es decir, que las garantías del proceso se establecen en el contexto de la reivindicación de los derechos fundamentales del ciudadano, como instrumento necesario para la realización de tales derechos; el segundo aspecto implica una función económica, esto es así cuando se contempla el proceso civil no sólo como reafirmante de garantías individuales, sino también como un factor relevante de desarrollo económico cuando asegura de manera rápida y satisfactoria la resolución de controversias<sup>256</sup>.

---

<sup>256</sup> Taruffo, (obra *Páginas sobre justicia civil*) ob cit. P. 66.



En otra de sus obras, el señalado jurista italiano, indica la necesidad que tiene el juez de conocer los hechos correctos para formar adecuadamente sus resoluciones ya que, al partir de hechos equivocados, su capacidad de interpretación de las normas será inútil dado que no podrá llegar a la conclusión correcta en sus sentencias, consecuentemente, los criterios que el juez utiliza para interpretar la ley constituyen la distinción entre el ejercicio arbitrario del poder y el ejercicio válido y legal de la actividad jurisdiccional, por ello, debe justificar sus elecciones y ser capaz de explicar sus propias razones objetivas para que la ciudadanía acepte su interpretación de la ley y su decisión como algo válido; en éste sentido afirma Taruffo que el juez no debe crear Derecho dado que no está legitimado para ello, sino que únicamente le corresponde su interpretación<sup>257</sup>.

Lo anterior sirve como preludeo para considerar que las decisiones jurisdiccionales tomadas por los tribunales de justicia administrativa se ven a menudo afectadas por el posicionamiento político de los magistrados que los integran. Estas cortes administrativas son dependientes del ejecutivo y, por lo tanto, sus magistrados son nombrados por dicho poder; esta situación genera un problema de origen si se considera que los litigios que se llevan a la instancia administrativa tienen como parte a entes dependientes del poder ejecutivo, lo cual puede provocar un desbalance a favor de las autoridades demandadas. Es necesario precisar que el estudio realizado y, por tanto, la muestra de casos jurisdiccionales aportada se limita a concesiones municipales, por lo cual, deben entenderse acotadas las opiniones vertidas en éste apartado, a litigios llevados ante tribunales de competencia estatal.

El término “*judicial politics*”, mencionado por Ansolabehere, tiene como premisa que las decisiones de los tribunales están influenciadas en cierta medida por las instituciones las cuáles, además, inciden en determinados resultados políticos, económicos y sociales, por lo que concluye que las instituciones importan y son un problema<sup>258</sup>.

La anterior opinión es coincidente con lo señalado en el presente apartado de la tesis dado que resulta relevante la influencia que la política económica o conveniencia partidista del gobierno en turno ejerce sobre la forma de resolver los procesos donde se llama a juicio a entes públicos.

Otra forma de apreciar esta problemática es la observada por Ferrer MacGregor<sup>259</sup> quien manifiesta su preocupación respecto a la constante creación de tribunales que no dependen del poder judicial sino del ejecutivo lo cual, a su modo de ver,

---

<sup>257</sup> Taruffo, Michele. (obra *Proceso y Decisión, Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*) Ob. cit. P. 26.

<sup>258</sup> Ansolabehere, Karina. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. 1ª ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México, Distribuciones Fontamara. México. 2007. P. 5.

<sup>259</sup> Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México. 2002. P. 265.

representa una contradicción al principio de unidad de jurisdicción; sigue afirmando éste autor que resulta complicado determinar si, en la actualidad, los tribunales judiciales siguen siendo la regla o si ya son una excepción.

En concordancia con las afirmaciones que previamente vertidas, Ferrer indica que, si bien la pertenencia al poder judicial de un tribunal no garantiza su independencia e imparcialidad, la proliferación de tribunales de lo contencioso administrativo tiende a debilitar estos valores y provoca una diversidad o hasta contradicción de criterios de interpretación jurisprudencial.

Se comparte y se difiere de la opinión del notable tratadista previamente citado; se coincide con la afirmación de que los tribunales de justicia administrativa tienen un problema de origen consistente en su falta de independencia, esto es así porque, al ser nombrados sus magistrados por el poder ejecutivo, necesariamente sostienen una relación umbilical con dicha instancia gubernamental, de la cual no se despojan del todo cuando resuelven litigios dónde ese poder está involucrado; sin embargo, se difiere de la posición que implica que estos tribunales son innecesarios dado que la jurisdicción que ellos representan es especializada y válida, como lo es la anulación de los actos administrativos afectados de ilegalidad.

Lo previamente indicado es concordante con la posición de la presente tesis que afirma que los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos tiene una parte de Derecho público (atendible por la jurisdicción contencioso administrativa) y otra de Derecho privado (atendible por los tribunales adscritos al poder judicial).

#### III.4.1.3 El Amparo administrativo.

El juicio amparo es otra vía jurisdiccional a la que pueden recurrir los concesionarios cuando se ven afectados por decisiones tomadas por su contraparte con investidura de autoridad pública.

A fin de no abundar en demasía sobre la figura del amparo, se vierten las siguientes premisas básicas de la naturaleza de éste juicio atinentes a la temática del trabajo de investigación que se realiza.

La esencia teleológica del juicio de amparo, según Burgoa, es la de un medio de control constitucional frente a todo acto de autoridad que implique un agravio a las personas que se ejercita por el impulso del particular agraviado cuya finalidad es la protección de las garantías del gobernado (aunque también es extensivo para dilucidar el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las estatales), de tal modo que esta tutela de los derechos fundamentales de las

personas y el control de la constitución son sus dos objetivos lógica y jurídicamente indisolubles<sup>260</sup>.

Tron Petit indica que el amparo tiene un concepto multívoco ya que éste juicio incluye: a) al propiamente constitucional a través del cual se cuestionan los actos de autoridad violatorios de derechos fundamentales y garantías que invadan órbitas de los particulares y 2) una casación “*sui generis*” dado que puede fungir como una apelación<sup>261</sup>.

En lo que respecta al tema en estudio, las dos posibilidades del juicio de garantías señaladas en el párrafo anterior pueden presentarse dada la naturaleza bivalente del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos:

- El juicio constitucional sería procedente en los casos en los cuales la concesionante pretenda hacer valer una cláusula exorbitante de Derecho público que redunde en afectaciones a los derechos del concesionario, como puede serlo el supuesto en que éste decida terminar anticipadamente el contrato de concesión a fin de prestar los servicios públicos respectivos de manera directa; en éste caso, podría considerarse que la concesionante está actuando bajo su prerrogativa de orden público y, por lo tanto, ha emitido un acto de autoridad combatible, de ser inconstitucional, mediante el amparo indirecto. Por la naturaleza misma del juicio de garantías, el concesionario - quejoso tendría que hacer valer agravios que impliquen violaciones a sus derechos fundamentales.
- En cambio, la segunda opción señalada por Tron Petit consistente en que el juicio de amparo resulta ser una especie de casación, puede darse tanto en los casos en que el concesionario se agravia por un acto de naturaleza administrativa derivado de la concesión como cuando se le afecta un derecho derivado de la parte de Derecho privado del contrato de concesión; esto es así ya que, independientemente de que lo procedente sea el juicio de nulidad ante lo contencioso administrativo o un juicio civil o mercantil ante un juez de primera instancia, a la postre, existirá la posibilidad de que la parte que resulte perdedora en el litigio correspondiente, eleve sus agravios a un tribunal colegiado de circuito mediante la interposición de un amparo directo.
- En relación con lo anterior, es conveniente recordar la característica del juicio de amparo como controlador de la constitucionalidad en nuestro país donde se ha adoptado el denominado “sistema americano” o “difuso” de control de constitucionalidad<sup>262</sup>, mediante el cual cualquier juzgador

---

<sup>260</sup> Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*. 23ª ed. Editorial Porrúa. México. 1986. P. 148.

<sup>261</sup> Tron Petit, Jean Claude. *Argumentación en el amparo. Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México. 2010. P. 1

<sup>262</sup> En contrapartida con el “*sistema austriaco o concentrado*” en el cual el examen de la norma que se controvierte como inconstitucional se concentra en un solo órgano al cual se denomina como Corte o Tribunal Constitucional.

(particularmente el juez de amparo) sin importar el ámbito en el cual desempeñe sus funciones, debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley y, por ende, debe dejar de aplicarla para la resolución de un caso concreto<sup>263</sup>.

Una consideración adicional que debe tomarse en cuenta es lo señalado en la fracción IV del artículo 107 de nuestra Constitución federal donde se indica que, en materia administrativa, el juicio de amparo es procedente contra actos que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal; esto podría llevar a pensar que, ante la falta de disposiciones expresas que le brinden al concesionario la posibilidad de exigir sus derechos pecuniarios (ya por la vía administrativa o la civil), podría hacer valer la excepción al principio de definitividad del amparo; sin embargo, se considera que la admisión de dicho criterio sería difícilmente aceptado por los tribunales federales quienes tenderían a rechazarlo; además, se estima que esta posibilidad no constituiría una solución de fondo para los concesionarios que buscan una solución de meridiana claridad para su acceso a la tutela judicial efectiva y no una rebuscada vía indirecta que sería tan conceptualmente gravosa como las soluciones como las que actualmente tiene a su alcance.

III.4.1.3.1 La coordinación entre concesionario y concesionante como obstáculo para la procedencia del amparo.

Burgoa<sup>264</sup> considera que en los contratos administrativos se presenta una relación de coordinación ya que el Estado asume derechos y obligaciones recíprocos correlativos a las de su contraparte.

Como consecuencia de lo anterior, el co contratante de la Administración Pública no asume la situación de gobernado, esto es así debido a que el ente público no puede asumir su imperio para forzarlo a cumplir alguna prestación sino que, en su caso, debe acudir a una instancia jurisdiccional para dirimir las controversias respectivas; acorde a esta idea, el citado autor considera que los actos que constituyan un incumplimiento a las condiciones de un contrato administrativo atribuible a un órgano del Estado, no son susceptibles de ser impugnados por medio del juicio de amparo.

No obstante lo anterior, el precitado tratadista detecta como excepción a esta coordinación contractual los casos de las concesiones administrativas cuándo la concesionante hizo constar de manera expresa su facultad de rescindirlos o

---

<sup>263</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de la Coordinación y Sistematización de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* Comité de publicaciones y promoción educativa de la SCJN. México. 2007. Pp. 9-10.

<sup>264</sup> Ob. cit. Pp. 192-193.

caducarlos de pleno derecho, es decir, sin recurrir a una declaración judicial; en estos supuestos, estima el connotado jurista, que el ente público si se arroja con su manto autoritario y, por lo tanto, puede ser considerado como autoridad responsable en el amparo que promueva el particular – concesionario.

En el apartado del análisis de casos que se efectúa en el capítulo quinto de la presente tesis podrá darse cuenta de la existencia de criterios judiciales encontrados que contienen opiniones que se decantan ya hacia la idea de que los contratos de concesión representan una relación coordinada entre las partes y otros que afirman que al intervenir en ellos un sujeto de Derecho público éste necesariamente actuará ejerciendo su imperio y, por lo tanto, emitirá actos de autoridad susceptibles, en consecuencia, de ser combatidos por la vía del juicio de garantías.

Estas opiniones denotan la complejidad de la concesión para la prestación de servicios públicos dado que se reconoce por un lado que conforma un vínculo contractual entre un órgano estatal y un particular con cláusulas sinalagmáticas, pero también que, dentro de las condiciones establecidas en dicho acto jurídico, se contienen estipulaciones que representan actos de orden público lo cual confirma la teoría de la bivalencia expuesta en esta tesis, acorde la cual el contrato de concesión contiene cláusulas tanto de Derecho público que pueden ser controvertidas en el ámbito de lo contencioso – administrativo o incluso en amparo, como cláusulas derivadas de la prestación de servicios que, por lo tanto, son de orden privado atendibles ante la jurisdicción consecuente en caso de diferencias entre las partes.

#### III.4.1.3.2 La implicación de las reformas de la ley de amparo que consideran al concesionario como autoridad.

La nueva ley de amparo publicada en el año 2013 introduce una disposición novedosa al incluir en el segundo párrafo de la fracción II de su artículo 5 la posibilidad de que los particulares sean considerados como autoridad responsable en el juicio de garantías cuando estos asuman tal calidad al realizar actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos de los quejosos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Ferrer MacGregor y Sánchez Gil indican que, no obstante que esta disposición parece quebrantadora del principio garantista del amparo contra actos de autoridad actuando como tal, en realidad lo que se presenta es una ampliación de la protección a los particulares que brinda la nueva ley, esto es así ya que es factible la delegación de funciones públicas a favor de un particular el cual asimila un “*actuar estatal*” erigiéndose así en una relación de supra a subordinación respecto a los gobernados. Entendida esta coyuntura, lo que hace la nueva norma del juicio de garantías, es reconocer el “*ser*” en lugar del “*deber ser*” con la

finalidad de ampliar el campo de garantías de los particulares para que puedan defender por vía de amparo sus derechos ante estos sujetos delegatarios de funciones públicas dando prioridad a la naturaleza propia del acto por encima del carácter de quien lo emita<sup>265</sup>.

Es atendible dicha situación en esta tesis dado que el concesionario es susceptible de ser señalado como autoridad derivado de su relación con los usuarios de los servicios públicos que le han sido delegados por virtud del contrato celebrado con el órgano estatal correspondiente.

III.4.2 Las vías jurisdiccionales de Derecho privado atinentes a la resolución de controversias surgidas de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

Fueron expuestas con anterioridad las vías de Derecho público que consideran la posibilidad de resoluciones en el ámbito de lo administrativo ya sea por la presencia de una entidad pública como parte en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos o porque la controversia surgida atienda a la parte de interés público de dicho acto jurídico, por lo que ahora se procede a revisar las posibilidades de solución de controversias a través de una instancia de Derecho privado.

La teoría que se ha enarbolado en el presente trabajo afirma que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos son bivalentes, esto es así dado que una parte de ellos contiene cláusulas de interés público derivadas de la salvaguarda de la prestación continua, uniforme y eficaz de los servicios públicos concesionados, en la cual se rompe el principio de "*pacta sunt servanda*" al ejercer el Estado su imperio e imponer las condicionantes respectivas y tener la facultad de modificar o extinguir condiciones a pesar de las afectaciones que puedan incidir en los derechos de su contraparte, frente a lo cual, se presentan cláusulas sinalagmáticas ya que implican la generación de obligaciones a cargo de ambas partes por lo cual actúan de manera coordinada y, en consecuencia, pueden exigirse jurisdiccionalmente en el campo del Derecho privado; respecto a esta posición, se hace remisión a la tesis P./J.83/98 transcrita en el numeral III.4.1.2 del presente capítulo, la cual implica que la vía jurisdiccional a seguir por el afectado en una relación jurídica, debe atender a la naturaleza de la acción y no a la relación jurídica sustancial entre las partes.

Pues bien, la solución jurisdiccional de controversias derivada de la parte de Derecho privado de los contratos de concesión tampoco está exenta de problemas

---

<sup>265</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Sánchez Gil, Rubén. *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. 7ª ed. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp. 93-101.

conceptuales, esto es así, ya que existen diversos enfoques procesales que el concesionario puede atender, a saber:

- Que lo procedente es ejercer la vía civil cuando se considera que la concesión implica la prestación de servicios por parte del concesionario.
- Procedencia de la vía civil cuando se reclama una prestación cuya base se encuentra en una figura propia del Derecho civil, tal como: el cumplimiento forzoso del contrato, su terminación anticipada, la rescisión del contrato por incumplimientos de la concesionante; pago de daños y perjuicios, etc.; en estos casos aplicaría la legislación civil de la entidad federativa correspondiente.
- La otra vertiente sería el ejercicio de acciones mercantiles por dos razones, al menos: la primera consistiría en estimar que una de las partes es un comerciante, aplicando por tanto el criterio subjetivo establecido en el Código de Comercio; la segunda atendería al cobro de pesos derivado de la emisión de facturas por los servicios prestados por la concesionaria derivados de la realización de su objeto social.

A continuación se efectúa un análisis de cada una de las posibilidades indicadas con anterioridad.

#### III.4.2.1 La vía civil

La tesis que sostiene el presente trabajo es que el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos es bivalente al contar con dos partes diversas pero complementarias donde se contienen cláusulas de orden administrativo que son de orden público y tienen como finalidad el preservar la uniformidad, eficacia y continuidad de la recepción de servicios públicos para la comunidad y, por otra parte, se contienen los pactos sinalagmáticos relacionados con un contrato de prestación de servicios públicos que, por un lado le brindan al ente público concesionante el derecho a percibir la mencionada prestación de servicios del concesionario y, a éste, le otorga el derecho de percibir una contraprestación económica.

Pues bien, derivado de éste pacto contractual, el concesionario puede recurrir a las disposiciones de la legislación civil para exigir lo que le corresponde derivado del cumplimiento de sus deberes.

En éste sentido, el concesionario podría recurrir, a por lo menos, cuatro acciones jurisdiccionales derivadas de los códigos de procedimientos civiles que son revisadas en los numerales venideros.

#### III.4.2.1.1 La acción de cobro de pesos por la prestación de servicios.

Tanto los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas como el federal, prevén que, ante la falta de una vía nominada, el accionante debe recurrir al juicio ordinario civil para exigir jurisdiccionalmente lo que le corresponde.

Se ha resaltado la complejidad procedimental que se le presenta al concesionario cuando pretende hacer valer sus derechos lo cual es evidente cuando pretende ser resarcido económicamente, ya sea porque su contraparte no ha cubierto la contraprestación económica que le corresponde, ya porque pretende una compensación pecuniaria por la falta de cumplimiento oportuno de la concesionante.

De este modo, la primera decisión que el concesionario tendría que tomar (confiando que el juez civil comprenda que no debe declinar su jurisdicción por el simple hecho de que la parte demanda es un órgano de la administración pública), sería la de elegir la acción a ejercitar.

En éste primer supuesto, la elección se limitaría a exigir del ente público el pago de lo que se le adeuda a través de una acción de condena ya que pretendería, a decir de Arellano, una prestación de dar por parte del demandado<sup>266</sup>.

La falta de pago de las contraprestaciones económicas que les corresponden a los entes públicos son sumamente frecuentes, ya por la falta de asignación de recursos o bien, por la incorrecta administración de los mismos o, hasta por capricho o presión política de los servidores públicos en turno, por lo cual, es indispensable que los concesionarios cuenten con la posibilidad de ejercer su derecho de acción por una vía idónea.

Al optar por esta opción, el prestador de servicios concesionados, elige continuar llevando a cabo su labor pero demanda el pago de lo que se le debe; esto puede darse porque ha optado por mantener unilateralmente el cumplimiento de la prestación de los servicios o bien, porque el contrato, en su parte de orden público, le prohíbe que suspenda la prestación de los mismos so pena de recibir sanciones pecuniarias o hasta la revocación de la concesión.

Las prestaciones exigidas por el demandante en éste supuesto, se limitan a la exigencia del pago de las facturas adeudadas por el ente público, al pago de los intereses convencionales o legales correspondientes o, en su caso, al pago de alguna sanción derivada de una cláusula penal y al pago de los gastos y costas que se generen con motivo de la tramitación del juicio.

Como consecuencia del juicio, el concesionario debería obtener una sentencia de condena, es decir, que condene a la concesionante a la realización de una conducta de dar que, en éste caso, consistiría en el pago de lo adeudado.

---

<sup>266</sup> Ob. cit. P. 266.



Los requisitos de la acción de condena, a decir de Goldschmidt<sup>267</sup>, son tres:

1) Que exista una pretensión de Derecho civil susceptible de ser ejercitada en el proceso, aunque también puede ser de carácter público (como ejemplo indica que se trate de un empleado público que reclame el pago de un sueldo).

Es asimilable esta posición a lo indicado por la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que implica que estos actos jurídicos tienen un contenido de Derecho civil representado por la prestación de servicios reconocida por dicha legislación, lo cual hace procedente esta vía; además, el ejemplo señalado por el doctrinario en mención, clarifica la posibilidad de que una deuda que haya surgido de un acto público, pueda engendrar una obligación de carácter civil.

2) Se surte una necesidad de protección jurídica al sustraerse el deudor del cumplimiento de la prestación vencida. El meollo de la presente tesis consiste precisamente en la falta de cumplimiento de obligaciones pecuniarias por parte de la concesionante lo cual implica un demérito a la posición económica del concesionario, por lo cual es imperativo que, para mantener tanto el equilibrio económico del particular como para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos, se incida jurisdiccionalmente sobre la concesionante para que pague lo debido sin que su personalidad de Derecho público sea óbice para sujetarla a proceso y, en su caso, a ejecutarla para resarcir lo que le corresponde a su contraparte.

3) El contenido de la condena es siempre un fallo condenatorio, pero no siempre se solicita en ella una prestación, sino solamente su ejecución forzosa. Al contar el concesionario con una sentencia firme favorable y, ante la omisión de la concesionante de dar cumplimiento voluntario de la sentencia correspondiente, el actor puede requerir, independientemente de las acciones de responsabilidad de servidores públicos que puedan surgir como resultado de la desobediencia al juez civil, la ejecución forzosa de la sentencia.

Respecto a las acciones de condena, el *Diccionario de Derecho Procesal Civil*<sup>268</sup> indica que estas generan en contra del demandado un título ejecutivo por medio del cual el actor puede exigir, en vía de ejecución, el cumplimiento de obligaciones, lo cual, si bien es la regla general en los litigios entre particulares, en el caso de la Administración Pública como demandada, se presenta una problemática adicional para el actor – concesionario, que consiste en la inembargabilidad de los bienes de dominio público o destinados a un uso o servicio público, esta circunstancia dificulta sobre manera la recuperación de lo adeudado al concesionario ya que, a pesar de haber bregado con un juicio de

---

<sup>267</sup> Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 17ª ed. Editorial Porrúa. México. 1986. P. 35.

<sup>268</sup> Ob. cit. p. 34.

años del cual finalmente logró un reconocimiento jurisdiccional, ahora el problema será como hacer efectiva la sentencia y recuperar lo que le corresponde.

Las dificultades previamente señaladas implican un aspecto más de la falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios que pretenden ser resarcidos de sus derechos económicos, lo cual, si bien conlleva que han podido acceder a un proceso jurisdiccional, el efecto final sería estéril al no obtener la recuperación de lo que les corresponde o que esta se convierta en una tarea sumamente difícil.

#### III.4.2.1.2 La acción de cumplimiento forzoso del contrato de prestación de servicios.

Una segunda opción para el concesionario en el ámbito de la jurisdicción civil, lo es el reclamar de manera integral el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas de su contraparte de Derecho público.

Por reclamo integral debe entenderse que la pretensión del concesionario no se limita a la petición de pago de lo debido sino que, además, la entidad pública concesionante de cumplimiento al total de las obligaciones que tiene asignadas en el contrato de concesión.

Acorde a la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, debe hacerse una disección de la parte de Derecho público y de Derecho privado de dicho acto jurídico a fin de poder situar adecuadamente la litis que se pretenda resolver, de tal modo, que si lo que pretende el concesionario es que la concesionante cumpla con sus obligaciones de carácter bilateral, puede recurrir a esta vía exigiendo que el ente público honre sus compromisos obligacionales que le correspondan como el pago de la prestación del servicio, la entrega de información, la recepción de facturas, etc.

Esta posición puede también implicar la exigibilidad del pago de daños y perjuicios o el ejercicio de una cláusula penal cuando la concesionante ha incumplido las obligaciones que le corresponden, por lo que el concesionario podría cuantificar las afectaciones directas que hayan mermado su patrimonio así como las ganancias lícitas que dejó de percibir por la misma causa.

#### III.4.2.1.3 La acción de rescisión del contrato de prestación de servicios por incumplimiento de la concesionante.

La acción opuesta a la indicada en el numeral anterior sería la de rescisión de contrato de concesión; en éste caso, el concesionario acudiría a la vía ordinaria civil a fin de solicitar al juez la declaración de que el contrato debe ser resuelto en atención a que la concesionante ha incumplido con las obligaciones que le corresponden.

Esta acción declarativa implicaría la pretensión de dar por terminado de forma anticipada el contrato por causas imputables al ente público que ha incumplido con el pago de la contraprestación por la realización de los servicios.

Sería compatible con éste camino procesal la petición del pago de lo debido y, en su caso, la ejecución de la cláusula penal que corresponda. Las cláusulas penales se encuentran comúnmente insertas en los contratos de concesión ya que prevén un mecanismo compensatorio para la parte que se ve afectada pecuniariamente debido al incumplimiento de la otra.

#### III.4.2.1.4 La acción de daños y perjuicios.

Esta acción es necesariamente accesoria de las acciones civiles previamente detalladas debido a que el concesionario solo podrá reclamar el pago de daños y perjuicios una vez que se haya producido una declaración o condena jurisdiccional a cargo de la concesionante lo cual implica un desvío al cumplimiento contractual respectivo.

La reclamación de daños y perjuicios es un mecanismo compensatorio mediante el cual el concesionario afectado económicamente por incumplimientos de su contraparte, valoriza las afectaciones directas que ha tenido a su patrimonio y presenta una estimación de los ingresos que válidamente hubiese podido percibir de no habersele impedido continuar con la prestación de los servicios concesionados.

Es frecuente que los entes públicos concesionantes, particularmente los municipios, cesen el cumplimiento de sus obligaciones de pago por falta de capacidad económica pero esto también se presenta en ocasiones por una indebida o deficiente administración de los recursos públicos o hasta por conveniencias políticas o económicas que hacen preferir que terceros distintos al legítimo concesionario presenten los servicios públicos a pesar de que el concesionario cuente con derechos vigentes.

Ante estas vicisitudes, el concesionario optará ya por el cumplimiento forzoso del contrato, ya por la rescisión del mismo, pero en ambos casos, podría exigir del organismo público concesionante el pago de los daños y perjuicios causados por su ilegal proceder.

Un argumento final a favor de la vía civil como opción reparadora del menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario como consecuencia del incumplimiento de su contraparte de cláusulas sinalagmáticas contenidas en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos es el consistente en que las figuras jurídicas que conforman la materia de las acciones respectivas están reguladas por el Derecho civil, tal como lo son el pago, las obligaciones de dar, la rescisión, los daños y los perjuicios; siendo que las leyes de procedimiento administrativo

tienen un objetivo distinto que se circunscribe al análisis de la legalidad de los actos administrativos siendo, por lo tanto, insuficientes e inadecuadas para resolver una problemática cuyo fondo lo es la determinación de la procedencia de una disputa de carácter civil.

#### III.4.2.2 La acción de cobro de pesos mediante las facturas expedidas. La vía mercantil.

Una última acción que podría contemplar el concesionario para intentar recuperar lo que económicamente le corresponde por la prestación de los servicios públicos brindada es recurrir a la vía ordinaria mercantil para reclamar el pago de las facturas que le adeuda el ente público concesionante.

La problemática que aquí se presenta, de relevancia para determinar la adecuada tutela judicial efectiva del concesionario, es que éste reclamo es también factible de ser hecho valer por la vía ordinaria civil, lo cual genera confusiones entre los jueces que oscilan entre considerar que lo procedente es tramitar el litigio por la vía civil por tratarse de un reclamo relacionado con una prestación de servicios o entre la jurisdicción administrativa por tratarse de un contrato de dicha índole y porque la parte demandada es un persona de Derecho público, o bien, que debe acudir a la vía mercantil.

La vía mercantil se justifica por una razón objetiva y por otra subjetiva. La objetiva se surte cuando el reclamo se funda en la falta de pago de facturas expedidas por el concesionario al ente público concesionante, lo cual conforma la base de la acción intentada, es decir, que se trata de documentos que amparan la realización de un acto de comercio por parte del concesionario. La razón subjetiva consiste en el hecho de que el concesionario es un empresario que ejerce el comercio, por lo tanto, le es aplicable la sujeción procesal acorde a lo que indique el Código de Comercio.

En correlación con lo indicado con anterioridad se efectúa una acotación respecto a la doble opción que se le presenta al concesionario ya sea para promover por la vía civil o elija la mercantil para hacer su reclamo económico; esta nota consiste en que la vía elegida no debería ser óbice para admitir la demanda correspondiente y resolver de fondo la pretensión del particular proporcionándole la tan ansiada tutela judicial efectiva; esto es así ya que resulta irrelevante tramitar la controversia por una vía o la otra dado que en ambas se otorgan las garantías de audiencia y seguridad jurídica a las partes por lo que válidamente podría resolverse el fondo de la cuestión prescindiendo de meras formalidades técnicas; desafortunadamente, esta solución no se da en la práctica ya que la disputa conceptual de la figura en estudio, genera equívocos que provocan que los jueces remitan de una a otra vía afectando así el tiempo de duración de los litigios en perjuicio de los concesionarios.

La consecuencia de la diversidad de posibilidades procesales es que el concesionario se ve afectado en su tutela judicial efectiva. En numerales previos se expuso que, la falta de acceso a la tutela judicial, no sólo consiste en la carencia total de accesibilidad a un medio jurisdiccional para poder hacer valer los derechos, sino también, cuando el desahogo de los procesos se hace tan sinuosos que impiden que el gobernado reciba una justicia expedita.

La opinión que se vierte a manera de conclusión respecto al aspecto procesal de la exigibilidad de derechos por parte del concesionario, es que la determinación de la vía procesal que le corresponde al concesionario no debería ser tan tortuosa para ni dejar al criterio subjetivo de los jueces la resolución ya que éste se ve afectado por la multivocidad del concepto jurídico del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, por ello, se plantea como solución la creación de una teoría generalizadora de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos donde se destaque su naturaleza bivalente; esta bivalencia permitiría al juzgador determinar en qué parte del contrato se sitúa el reclamo de la parte agraviada de tal modo que, cuándo se trate de una controversia surgida con motivo de una cláusula de Derecho público, deberá atenderse por la vía jurisdiccional administrativa, por el contrario, si lo que se disputan son derechos y obligaciones sinalagmáticas, el particular podría acudir a las vías de Derecho privado expuestas con anterioridad.

## **CAPÍTULO IV.**

### **Análisis crítico de los elementos del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales.**

Una vez que se han expuesto las posiciones filosóficas respecto a los contratos administrativos en general y de la concesión en particular, el presente capítulo se ocupará de exponer la parte pragmática del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos consistente en un desmenuzamiento de sus elementos objetivos.

A efecto de lograr lo anterior se procede a efectuar un análisis del contenido clausular de los contratos en estudio poniendo especial énfasis en la división de sus partes de Derecho público y de Derecho privado para confirmar la teoría de la bivalencia que se expone en éste trabajo.

#### **IV.1 Breve reenvío a la teoría general del contrato administrativo.**

Con objeto de establecer un marco teórico respecto a los elementos del contrato administrativo se toma como base la clasificación aportada por Bercaitz<sup>269</sup> que es directamente aplicable a las concesiones para la prestación de servicios públicos.

El referido autor distingue entre elementos esenciales y no esenciales de las convenciones administrativas conforme a lo siguiente:

##### **Elementos esenciales.**

A) Sujeto: debe participar en estos actos jurídicos la Administración Pública, ya sea como contraparte de un particular (en el caso del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos) o bien celebrando un acuerdo inter gubernamental o inter institucional.

B) Competencia y capacidad: en lo que respecta al ente público contratante, éste debe tener las facultades legales suficientes para contratar, es decir, que el marco legal que regule las atribuciones del órgano estatal correspondiente le brinde la posibilidad de llevar a cabo el acto jurídico respectivo.

Asimismo, la entidad estatal de que se trate, deberá actuar en el ejercicio de las funciones que le han sido legislativamente asignadas.

En cuanto a la capacidad, esta le corresponde al particular que contrata, por lo tanto, habrá que distinguir entre si es una persona moral, en cuyo caso deberá estar debidamente constituida conforme a la legislación societaria que

---

<sup>269</sup> Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Depalma. Buenos Aires. 1952. P. 216.

corresponda además de prever en su objeto social la posibilidad de celebrar el acto jurídico de que se trate o, si se trata de una persona física, esta deberá contar con capacidad de ejercicio, practicar el comercio y, en casos específicos, encontrarse registrado en el padrón de proveedores de la dependencia gubernamental con la cual contrata.

C) Consentimiento: como en todo acto jurídico válido, las partes deben manifestar su consentimiento.

La nota distintiva para los contratos administrativos es que la entidad pública que los celebra debe estar representada por un funcionario público con capacidades suficientes para suscribir el acuerdo de voluntades correspondiente, para lo cual debe atenderse a la ley orgánica de la dependencia de que se trate.

Debe indicarse también que, tratándose de concesiones para la prestación de servicios públicos municipales, la regla general es que el Cabildo municipal apruebe la celebración del contrato respectivo (en ocasiones con una mayoría calificada) para que éste pueda ser suscrito por el representante del Ayuntamiento.

D) Forma: Bercaitz señala que la formalidad de los contratos administrativos debe estar contenida en las normas que los regulen; sin embargo, en lo que respecta al marco legal mexicano cabe decir que, salvo contadas excepciones, la ley es omisa respecto a la forma que deben contener los contratos salvo menciones implícitas que indican que debe constar por escrito.

E) Objeto: es el propósito de las partes al contratar.

En materia de contratos administrativos éste objetivo debería ser la ejecución de una obra pública, el suministro de bienes a una entidad pública o la gestión de servicios públicos.

F) Causa: el motivo determinante de la celebración de un contrato es particularmente importante en materia administrativa ya que implica la satisfacción del interés público.

En la normatividad mexicana se pone énfasis en que el ente público que contrata debe justificar plenamente la necesidad de llevar a cabo un determinado acto administrativo por lo que, previo a su concertación, debe haber hecho un análisis económico, técnico y administrativo que muestre la conveniencia de contratar, esto es particularmente importante en las concesiones para la prestación de servicios públicos ya que debe quedar claro que es preferible delegar la realización de los servicios concesionados a un tercero que ser efectuados de manera directa por el ente público respectivo colmando así los requisitos establecidos en el artículo 134 de la constitución federal.

G) Régimen jurídico especial: Bercaitz afirma que el contrato administrativo está sometido a un régimen de Derecho público y que sólo por excepción puede ser remitido al derecho común, esto se nota a través de la inclusión de cláusulas reglamentarias que salvaguarden el interés general.

Lo anterior es consistente con la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos en cuanto a que se indica la posibilidad de remitir un contrato, en principio administrativo, al régimen del derecho común; sin embargo, esta idea se perfecciona a través de las aportaciones hechas en la presente tesis que indican que el contrato en cuestión no sólo puede ser remitido circunstancialmente a un régimen de Derecho privado sino que, por su naturaleza, tiene un contenido parcial suscrito a dicho régimen ya que, si bien contiene cláusulas reglamentarias exorbitantes al derecho común, no puede desdeñarse el segmento consistente en la prestación de servicios a cargo del particular cuya jurisdicción, consecuentemente, caería en la justicia del orden común en caso de que la controversia respectiva se ubique en dicha parte de ese acto jurídico.

#### Elementos no esenciales:

a) Plazo: este factor debe ser consecuente con la naturaleza del objeto contratado con la Administración Pública, así se verá que, por ejemplo, en un contrato para la prestación del servicio integral de manejo de residuos en un municipio, dónde se tienen que efectuar inversiones considerables en equipo, inmuebles y personal, la duración del contrato debe ser a largo plazo para dar oportunidad a que las inversiones sean recuperadas y lo financiero sea sustentable tanto para el concesionante como para el concesionario; en contrapartida, pueden existir contratos de obras pública con una duración ajustada al plazo estrictamente necesario para concluir la construcción respectiva.

b) Conmutabilidad: Bercaitz los considera conmutables acorde a la clasificación civilista de los contratos aduciendo que los derechos y obligaciones son conocidos por las partes desde el inicio de la relación jurídica; sin embargo, debemos recordar el principio del equilibrio financiero correlacionado con la teoría de la imprevisión, mediante lo cual el Estado tiene la obligación de compensar económicamente al concesionario cuando acontezcan sucesos extra contractuales que afecten las finanzas de la concesión de un modo tan grave que pongan en riesgo la sustentabilidad de la operación.

c) Intransferibilidad: este elemento implica que el concesionario no puede transferir los derechos que le confiere la concesión, lo cual es razonable dado que el Estado eligió a su co contratante por sus características específicas y como resultado de una elección derivada de un concurso con otros aspirantes a concesionario, por ello, una transferencia de derechos implicaría la sustitución del prestador de servicios públicos a favor de otro que posiblemente no cuente con los elementos



necesarios para poder llevar a cabo la prestación de los servicios concesionados por carecer de un respaldo técnico y/o administrativo y/o financiero que iguale al del prestador original y, consecuentemente, garantice la continuidad, uniformidad y eficacia de los servicios públicos correspondientes.

Cabe señalar que se ha observado que en diversos contratos de concesión se prevé la posibilidad de que el concesionario transfiera sus derechos; sin embargo, esto va ligado con una condición estricta consistente en que el ente público concesionante se reserva el derecho de autorizar dicha transferencia hasta no haber analizado y aprobado la idoneidad de la persona que sustituirá al concesionario.

d) Licitación: aduce Bercaitz que la licitación es un procedimiento pre condicionante para la celebración de un contrato administrativo lo cual es, en principio, cierto para las concesiones de servicios públicos dado que la regla constitucional impuesta por el artículo 134 indica que los recursos públicos deben ser manejados con la mayor eficiencia, eficacia y economía posibles, es decir, a través de la celebración de concursos públicos donde se elija al co contratante que ofrezca las mejores condiciones para el ente público concesionante; sin embargo, existen excepciones a la licitación cuándo acontecen determinados supuestos que hacen urgente la contratación respectiva tales como la invitación restringida o la asignación directa del contrato de que se trate.

e) Garantías: el derecho positivo mexicano establece como requisito para el concesionario que afiance la prestación de los servicios concesionados, de tal modo que éste tiene que contratar y depositar una fianza a favor del Estado mediante la cual garantice la prestación de los servicios públicos de tal modo que, en caso de incumplimiento o deficiente operación, el ente público pueda tomar los recursos provenientes de dicha fianza para compensar y asegurar la continuidad en la realización de dichos servicios.

i) Sanciones: al igual que en la imposición de garantías, el Estado tiene la atribución y la obligación de establecer sanciones ya sea administrativas o pecuniarias, a cargo del concesionario en caso de que éste no de cabal cumplimiento al contrato, las cuáles pueden ir desde una amonestación hasta la revocación de la concesión y consecuente inhabilitación de la persona que ejercía la concesión.

El establecimiento de sanciones forma parte de las cláusulas exorbitantes de los contratos de concesión que serán analizadas más adelante.

IV.1.1 Contenido clausular de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos a la luz de la teoría de la bivalencia.

Cómo parte del desempeño profesional del sustentante, se ha tenido la oportunidad de revisar alrededor de treinta contratos de concesión para la prestación de servicios públicos así como el contenido mínimo que dichos contratos tienen en las legislaciones estatales y federales; con éste material se ha obtenido una visión acuciosa del clausulado de éste tipo de contratos lo cual sirve para efectuar una propuesta delimitante entre su contenido de Derecho público y la Derecho privado que será desarrollada en los siguientes apartados.

#### IV.2 El contenido de Derecho público del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.

La teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se propone en la presente tesis afirma que estos contratos tienen una composición híbrida dado que una parte debe ser tratada desde el punto de visto de vista legal – administrativo y, la otra, desde la óptica del Derecho privado.

Bobbio hace mención a lo que él llama “*la gran dicotomía*” entre el Derecho Público (“*quod ad statum rei romanae spectat*” lo que se refiere a la condición del Estado romano) y el Derecho privado (“*quod ad singulorum utilitatem*” lo que atañe a la utilidad del individuo) que se delimitan mutuamente, en el sentido de que la esfera pública llega hasta donde inicia la privada y viceversa lo que; sin embargo, no resulta incompatible ya que ambas áreas se complementan<sup>270</sup>; esto es claramente observable en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos donde convive el orden jurídico público con el privado.

Para soportar lo anterior, se exponen en los siguientes apartados las cláusulas de naturaleza administrativa contenidas en el acto jurídico materia de éste estudio para lo cual se pondrá especial atención en la naturaleza de los servicios públicos y las cláusulas exorbitantes que protegen su eficaz, continua y uniforme realización.

##### IV.2.1 Concepto de servicios públicos.

Un problema nodal que presenta el estudio de esta tesis consiste en la multivocidad del término “*servicios públicos*”, dado que sirve para referir diversas funciones y actividades como se verá a través del análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial que a continuación se efectúa.

Albertsen hace una distinción relevante para el análisis del servicio público documentado en un contrato administrativo que se correlaciona con la mención efectuada en un capítulo precedente en relación con la multivocidad del término

---

<sup>270</sup> Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica. México. 2014. Pp. 11-12, 32.

concesión que puede referirse tanto a la prestación de un servicio como al permiso para utilizar o a la autorización para la explotación de un bien del dominio público; pues bien éste autor argentino señala que deben tomarse en cuenta los conceptos de “bienes” y “servicios”, dónde los primeros toman el concepto de “cosas” acorde a la legislación civil, y los segundos deben identificarse como actividades las cuáles serían asimilables a la prestación de servicios públicos tales como el gas, la electricidad, los ferrocarriles, etc<sup>271</sup>, lo cual da la connotación que se revisa en el presente apartado.

El precitado autor brinda la idea del monopolio como presupuesto para la determinación del régimen especial del servicio público y su consecuente concesión, esto es así ya que estima que, para que una actividad sea considerada como privativa del Estado y, por lo tanto concesionable, debe implicar una actividad reservada de manera exclusiva para el Estado y, en su caso, la legislación debe permitir su delegación a particulares<sup>272</sup>.

El tratadista argentino Juan Francisco Linares asevera que el servicio público no es sino una entrega de cosas y servicios, individualizados y concretos que sirven para satisfacer necesidades colectivas que resultan primordiales para la comunidad, ya sea que esto sea efectuado por la Administración Pública o por los particulares; en el segundo caso, se requiere de un régimen de potestad pública que implica el otorgamiento de un título conferido por el Estado<sup>273</sup>.

Anaya Domínguez et al, efectúan acertadas consideraciones respecto a la relevancia de la prestación de los servicios públicos al indicar que su importancia se sitúa a la par de la salvaguarda del orden público (incluidas la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas), al fomento de la actividad económica y a la promoción de la cultura y asistencia pública como parte de los fines que al Estado le corresponde alcanzar; estas autoras indican que el servicio público debe tener como objetivo la satisfacción de necesidades de interés general ya sea a través de una gestión directa o a través de concesiones al sector privado<sup>274</sup> (salvo las funciones indelegables que por ley el Estado no puede dejar de efectuar de manera directa como la seguridad pública).

Una observación relevante que efectúan las magistradas anteriormente referidas, es que no hay un criterio único en el Derecho positivo mexicano para definir el concepto de servicio público ya que, algunos preceptos de la constitución federal

---

<sup>271</sup> Albertsen, Jorge. *La naturaleza del servicio público*. Capítulo contenido en la obra colectiva denominada “*Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas*” coordinada por Béjar Rivera, Luis José. Editorial Porrúa, Universidad Panamericana. México. 2010. P. 186.

<sup>272</sup> Ob. cit. p. 193.

<sup>273</sup> Linares, Juan Francisco. *Concepto y definición de un servicio público*. Revista Argentina de Derecho Administrativo. Número 19. 1978. P. 34.

<sup>274</sup> Debe considerarse una tercera posibilidad consistente en la prestación de los servicios públicos a través de Asociaciones Público – Privadas, acorde a las legislaciones federales y locales que actualmente permiten estas empresas conjuntas donde participan tanto la administración pública como los empresarios.

remiten a la idea de servicios explotados o concesionados por la federación (como en el caso de la explotación de bienes propiedad de la nación), en otros se usa como sinónimo de un empleo o cargo público y en otros más para indicar a un organismo u oficina pública.

A fin de dilucidar éste concepto, se indican las características que se atribuyen al servicio público:

- ☐ Que tenga como fin satisfacer necesidades de interés general;
- ☐ Que el servicio se preste de manera:
  - Obligatoria;
  - Regular;
  - Continua;
  - Uniforme; y
  - En igualdad de condiciones.
  - De manera subordinada a la Administración Pública.
- ☐ Que represente una actividad prestacional que impacte directamente en el ingreso y los gastos de quien lo recibe;
- ☐ Originariamente es una actividad asumida directamente por la Administración Pública y, en algunos casos, es de prestación exclusiva de dicha entidad (como el caso de la seguridad pública);
- ☐ Las actividades que no se encuentren reservadas al Estado, pueden ser efectuadas por particulares a quienes se les asignará dicha tarea previa concesión que le otorgue el ente público correspondiente.
- ☐ Debe tender a la satisfacción del interés general y prestarse conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particularice e identifique frente a otras actividades administrativas.

Ante la escasez de conceptualización del servicio público en el Derecho positivo mexicano, las autoras en cita acuden a la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público aprobada por la Asamblea legislativa del Distrito Federal publicada en diciembre de 1996 en cuyo artículo 128 se define, para efectos de dicha ley, a esta figura del siguiente modo: es la actividad organizada que se realice con la finalidad de satisfacer necesidades de interés general de manera obligatoria, regular, continua, uniforme y en igualdad de condiciones<sup>275</sup>.

Un enfoque conceptual de los servicios públicos desde el paradigma neoconstitucionalista es el empleado por Bettina Fernández quien piensa que es necesario observarlos desde el campo de los derechos fundamentales ya que es un deber del Estado organizar su prestación y contribuir a su sostenimiento para garantizar una vida digna a los gobernados mediante la

---

<sup>275</sup> Anaya Domínguez, Luz, Martínez Godínez, María Concepción, Olmos Jasso, María Teresa. *La concesión administrativa. Algunos aspectos teóricos y análisis de un caso práctico*. Revista Praxis de Justicia Fiscal y Administrativa. Año II, Número 4, agosto de 2010. pp. 3-9.

recepción de los mismos en condiciones de gratuidad, eficiencia, continuidad e igualdad.<sup>276</sup>

Barra señala que las características de los servicios públicos son las siguientes:

- Continuidad, ya que no admite interrupción de ninguna especie por ser ineludible su realización.
- Regularidad, en el sentido de que están sometidos a reglas, esta es una característica típica de la denominada "*administración de legalidad*"; que corresponde a todo Estado de Derecho.
- Generalidad, ya que deben ser proporcionados en beneficio de la totalidad de los administrados.
- Uniformidad, en atención a que los servicios públicos deben tener características homogéneas a través del tiempo.
- Igualdad, exigencia esencial derivada de la justicia distributiva propia de toda relación jurídica administrativa.
- Obligatoriedad, dado que, en materia administrativa, la competencia es obligatoria e irrenunciable.<sup>277</sup>

El connotado administrativista argentino Miguel S. Marienhoff, aporta la siguiente clasificación de los servicios públicos:

A) Onerosos o gratuitos: los primeros son aquellos en los cuáles los gobernados tienen que pagar una cuota o derecho para recibirlos al contrario de lo que sucede en el segundo grupo donde la prestación del servicio no tiene costo alguno para los usuarios de los mismos.

En México, podrían identificarse como onerosos los costos por el servicio del agua o la electricidad y como gratuitos el alumbrado público y la recolección de residuos sólidos urbanos (al menos en la mayoría de los municipios del país).

B) Esenciales o no esenciales: los primeros son aquellos cuya prestación está vinculada a la subsistencia del gobernado (agua potable, drenaje, etc.); en cambio los segundos, si bien revisten una relevancia trascendental no son de "primera necesidad", es decir, que el gobernado puede subsistir sin ellos (cultura, jardines, etc.).

---

<sup>276</sup> Fernández, Bettina. *Breve reflexión sobre el servicio público*. Publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar). 2014. P. 7.

<sup>277</sup> Barra, Rodolfo C. *Hacia un interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Localizable en <http://ecaths1.s3.amazonaws.com/publicolanus/171622916.Hacia%20una%20interpretaci%C3%B3n%20restrictiva%20del%20concepto%20>. P. 3.

C) Propios e impropios: los propios son aquellos que el Estado efectúa de manera directa, ya sea por decisión propia o por ser una actividad reservada (como la seguridad pública) y los impropios son susceptibles de concesión a los particulares para su realización.

D) Obligatorios o facultativos: en los primeros existe una obligación por parte del Estado de llevarlos a cabo acorde al marco normativo respectivo (por ejemplo la orden constitucional de proveer a la ciudadanía de educación básica o establecer el sistema de salud nacional); mientras que en los segundos no existe una obligación primaria pero el Estado asume dicha función para satisfacer una determinada necesidad pública (como en el caso del transporte público).

E) Determinados o indeterminados: los primeros son los denominados servicios públicos "*uti universi*", lo cual implica que no tienen usuarios determinados, sino que benefician a la población en general (por ejemplo el caso de la defensa nacional, la policía de seguridad, etc.); en cuanto a los segundos, llamados "*uti singuli*", la utilidad del servicio público es concreta y particular para determinadas personas (en México el ejemplo serían las carreteras de cuota)<sup>278</sup>.

#### IV.2.2 La ubicación de los servicios públicos en el sistema legal mexicano.

La prestación de los servicios públicos compete a los tres órdenes de gobierno acorde a lo que indica la Constitución federal, según se observa en los artículos 73, 115, 116, y 124, dónde se establecen las bases para la delimitación competencial del servicio público para la federación, las entidades federativas y los municipios, respecto a lo cual se resalta lo siguiente:

Artículo 73: éste artículo señala las facultades del Congreso de la Unión, reconociendo implícitamente en su fracción XXIX numeral 4° la existencia de servicios públicos concesionados o explotados de manera directa por la federación.

Artículo 115: en la fracción III de dicho artículo se precisan los servicios públicos a cargo de los municipios, que son:

- I. Limpia,
- II. Rastros,
- III. Mercados y centros de abasto,
- IV. Panteones,
- V. Alumbrado público,
- VI. Calles, parques y jardines.
- VII. La seguridad pública, policía preventiva municipal y el control del tránsito
- VIII. Las demás que señalen las legislaturas estatales.

---

<sup>278</sup> Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Servicios Públicos. Actos de la Administración Pública*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011. P. 47-50.

Artículo 116: en la fracción VII de éste dispositivo se establece la posibilidad de que las entidades federativas asuman la ejecución y operación de servicios públicos en los casos en que el desarrollo económico y social lo requieran o bien, cuando sean celebrados acuerdos con los municipios en los que se pacte que los Estados los ejecutarán.

Artículo 124: señala éste artículo que las funciones que no se encuentren expresamente reservadas a los funcionarios federales competen a los de las entidades federativas, lo cual es aplicable a la prestación de servicios públicos.

En lo que respecta a la legislación local del Estado de Nuevo León se indica que la prestación de los servicios públicos puede ser organizada con distintas modalidades lo cual se observa en el artículo 125 de la Ley de Gobierno Municipal del Estado de Nuevo León, que indica que estos pueden ser llevados a cabo de las siguientes maneras:

- i. Centralizada: en esta modalidad la Administración Pública la presta el servicio público de manera directa (ej. la prestación del servicio de mantenimiento de parques y jardines en el municipio de Monterrey que es realizado por una dirección administrativa del municipio)
- ii. Descentralizada: aquí la entidad paramunicipal o paraestatal lleva a cabo la ejecución del servicio público (ej. el abasto del agua y drenaje en Nuevo León a través de la entidad denominada Agua y Drenaje de Monterrey).
- iii. Subrogada: en éste caso se presenta un convenio entre el Estado y los municipios para que aquél se haga cargo de manera directa o a través del organismo correspondiente de determinados servicios públicos (ej. el SIMEPRODE cuyo acrónimo responde al Sistema Integral para el Manejo Ecológico y Procesamiento de Desechos, el cual es una dependencia estatal de Nuevo León que recibe los residuos sólidos urbanos de los municipios del área conurbada de la zona metropolitana de Monterrey).
- iv. Concesión: contrato por el cual la Administración Pública subroga la realización de un servicio público al conceder a los particulares la prestación del mismo lo cual es materia del presente trabajo.
- v. Convenios intermunicipales: En éste caso varios municipios o Estados se coordinan y asocian para que un determinado servicio público pueda ser prestado de modo eficiente (ej. el acuerdo celebrado entre los municipios del área metropolitana de Guadalajara, Jalisco, mediante fue creado el Sistema Intermunicipal para los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, al cual denominan SIAPA).

Por otra parte, los criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales han emitido su postura respecto a los elementos comprendidos en la noción de servicio público, así lo muestra la tesis con número de registro 177,794<sup>279</sup> que

---

<sup>279</sup> No. Registro: 177,794. Tesis aislada. Materia (s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII, julio de 2005. Tesis: XV.4o.8 A. Página: 1538. “SERVICIO PÚBLICO. SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS”.

primeramente reconoce que no existe un consenso doctrinario respecto a dicho concepto pero que, de las definiciones más aceptadas, se dilucidan los siguientes elementos:

- Consiste en una actividad “*prestacional*”, lo cual implica que se trata de una actividad que otorga a terceros una ventaja, un bien o un beneficio de cualquier naturaleza que, consecuentemente implica un ingreso o la disminución de gastos de quien la percibe.
- Dicha actividad le corresponde y es asumida de manera expresa y concreta por la Administración Pública dado que su dirección y organización están reservados para un ente público.
- El ejercicio de la precitada actividad implica un acto de autoridad dado que se requiere autorización del órgano del Estado correspondiente.
- El servicio público puede ser prestado de manera directa o indirecta por el Estado; en la segunda opción, se tratará del otorgamiento de una concesión a un particular.
- Tiene como finalidad la satisfacción del interés general.
- Debe ser prestado acorde a un régimen de Derecho público con una naturaleza “*especial y propia*” que lo particulariza frente a otras actividades administrativas.
- Las premisas del servicio público deben ser su generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública.
- No puede estar sujeto a un régimen de Derecho privado.

Es notable la última consideración de los temas anteriores para la discusión de la presente tesis ya que implica un punto de inflexión en el criterio de los tribunales, esto es así, ya que no se reconoce la posibilidad de que un servicio público concesionado esté regulado por un contrato que tenga características tanto de Derecho público como de Derecho privado, lo cual dificulta una debida interpretación cuando surgen controversias derivadas de las cláusulas sinalagmáticas del contrato que deberían hacer obligado el envío jurisdiccional a los tribunales del orden común.

Por último, Dromi<sup>280</sup> señalaba que, el motivo determinante de los contratos administrativos, es la satisfacción de un interés público, es decir, la cobertura de una necesidad colectiva independientemente de la causa que mueva al ente público a contratar a su contraparte.

---

<sup>280</sup> Dromi, José Roberto. *La licitación pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. P. 48.



#### IV.2.2.1 La privatización de los servicios públicos.

En el primer capítulo de la presente tesis se expuso la evolución que han tenido los contratos administrativos en nuestro país lo cual es asimilable a la concesión para la prestación de servicios públicos.

En aquél apartado, se pudo observar que, desde la década de los años ochenta del siglo pasado, la tendencia nacional ha sido la privatización de actividades no consideradas estratégicas o de realización exclusiva del Estado.

Lo anterior encuentra su explicación en varios motivos:

- Por la incapacidad técnica de las entidades públicas de atender todos los servicios bajo su responsabilidad.
- Debido a la ineficiencia administrativa para realizar los servicios a causa del limitado personal adscrito a la Administración Pública.
- En atención a que existen incentivos por la co-participación Estado – particular para efficientizar el costo de la operación, esto es así dado que el concesionario busca maximizar la rentabilidad del proyecto correspondiente lo cual repercute en ahorros para la concesionante que paga las tarifas del prestador de servicios; vista esta situación desde el punto de vista del manejo directo del ente público, este manejo eficaz de los recursos no tendría incentivo ya que se tendería a utilizar todos los recursos que se le asignen a través de la partida presupuestal respectiva (no podemos ignorar el factor corrupción en esta ecuación).
- Por el establecimiento de un cobro apropiado por el servicio.

Respecto a éste último punto, Hurtado nos señala lo que se entiende por un “*eficiente cobro del servicio*” al señalar que éste debe considerar:

- 1) La intensidad del uso del servicio, es decir, la logística en la prestación del servicio (por ejemplo, las horas normales y las horas pico);
- 2) El deterioro del servicio y/o de los bienes afectos a la prestación del servicio, es decir, la depreciación;
- 3) El valor neto del proyecto que debe considerar la rentabilidad para que sea sustentable<sup>281</sup>.

Lo anterior hace concluir la conveniencia de concesionar determinados servicios públicos en aras de buscar compartir los beneficios y dividir las pérdidas (o incluso, dejar los riesgos a cuenta del concesionario); asimismo se generan incentivos a la eficiencia tanto para la construcción de infraestructura, adquisición de equipos y para el cobro de los servicios.

---

<sup>281</sup> Gil Díaz, Francisco y Fernández, Arturo M. (Compiladores). *El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana*. Capítulo denominado “*Opciones de provisión de servicios públicos*” por Carlos Hurtado. Fondo de Cultura Económica. ITAM. México, D.F. 1991. Pp. 64-65

La posibilidad de “*privatizar*” la prestación de servicios públicos es una muestra de que el contrato de concesión cuenta con una parte de Derecho privado ya que el concesionario es un particular al cual le corresponde la aplicación de normas de Derecho privado para que le sean asignados derechos y obligaciones derivados de su quehacer empresarial.

#### IV.2.3 Las cláusulas exorbitantes como contenido de los contratos administrativos.

En el capítulo anterior se revisaron las figuras de las cláusulas exorbitantes, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como prerrogativas contractuales del ente público concesionante para garantizar la debida prestación de los servicios públicos; sin embargo, en aquella parte de la tesis su abordaje tuvo la finalidad de probar las taras que pesan sobre la tutela judicial efectiva para el concesionario, por ello, se ha considerado conveniente profundizar su conocimiento para un cabal entendimiento de su ubicación en la parte de Derecho público del acto jurídico en estudio y comprender cabalmente su existencia.

Se ha mencionado que el país de origen de la teoría del contrato administrativo es Francia donde se entendió pronto que la distinción entre los contratos civiles y los administrativos debía ir más allá de una simple catalogación normativa y penetrar en su naturaleza real; de este modo se determinó que la razón de ser de un contrato administrativo radicaba en su contenido de interés común, particularmente en la satisfacción de servicios públicos, por ello, no podía dejarse su tratamiento al tradicional principio de “*pacta sunt servanda*”, sino que debían concedérsele al Estado válvulas de escape que le permitieran garantizar la satisfacción de los requerimientos de sus gobernados.

Uno de los principales precursores de la teoría de la singularidad de los contratos de la Administración Pública como administrativos lo fue Gastón Jéze (citado por García de Enterría y Fernández), quien acuñó el término “*cláusulas exorbitantes*”; estas condicionantes insertas en los mencionados actos jurídicos son denominadas así dado que implican un desequilibrio contractual extraordinario favorable a la Administración Pública, lo cual resulta inédito en el Derecho común.

Efectivamente, en el sistema civilista las partes gozan de un plano de igualdad que no resulta viable en la contratación administrativa, esto es así dado que una de las partes, el Estado, representa un interés general de la comunidad consistente en que se garantice a los ciudadanos la satisfacción de los servicios públicos, mientras la otra, el particular, sólo representa su interés propio; por ello, el contenido de las cláusulas exorbitantes comprende todo lo que resulte absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular, continuo y eficaz de los servicios públicos que el concesionario ha consentido prestar

sustituyendo al ente público originariamente encargado de efectuarlo<sup>282</sup>; los autores en cita indican que el “*formidable poder*” que surge al establecer éste tipo de cláusulas no viene del contrato en sí sino de la posición jurídica que tiene la Administración Pública nacida de su deber de satisfacer el interés público<sup>283</sup>.

Bercaitz (citado por Nava) reconocía que el término “*cláusula exorbitante*” era de compleja y difícil determinación; sin embargo, identificaba éste tipo de cláusulas como aquellas que muestran el carácter de poder público que guarda una de las partes (la concesionante en el contrato que ocupa a esta tesis) gracias a las cuales se sitúa en una posición de superioridad jurídica frente a su co contratante (el concesionario) o invistiéndolo de atribuciones que son propias del poder público.

El autor en cita clasifica a las cláusulas exorbitantes en dos grupos:

- 1) Las que la Administración Pública se atribuye sobre su contraparte, en la inteligencia de que esta atribución no cabría en un contrato derivado del Derecho común por ser desequilibrante de la paridad contractual propia de dichos actos jurídicos; y
- 2) Las que concede la administración a su contraparte para invertir de poderes a terceros; como sucede en el caso de la prestación de servicios públicos dónde el concesionario asume una actividad que originalmente le correspondería al ente público concesionante.

A éste respecto, Jean Lamarque, referido también por Nava Negrete, indica que la naturaleza exorbitante de las normas administrativas deriva de su autonomía respecto a las reglas del derecho común, es decir, que estos regímenes son de orden distinto donde el derecho privado privilegia el equilibrio de reciprocidades entre las partes, es decir, lo sinalagmático para brindar una paridad entre sus derechos y obligaciones mientras que, en el orden jurídico administrativo, lo que se enaltece es el interés público sobre el particular por lo que se reserva para el Estado la posibilidad de contar con privilegios especiales que le brinde una posición preponderante para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

Serra<sup>284</sup> anota que la cláusula exorbitante es una imposición del poder público en aras del interés general, es decir, que su establecimiento se justifica debido a la trascendencia de que se salvaguarde la prestación del servicio público por lo cual no puede subordinarse a cláusulas sinalagmáticas que puedan terminar favoreciendo a un interés particular.

---

<sup>282</sup> Ob. cit. Pp. 691-692.

<sup>283</sup> Ibidem p. 697.

<sup>284</sup> Ob. cit. p. 641.

Tomando las notas señaladas por los autores referidos en los párrafos precedentes, Nava refiere los siguientes criterios para determinar las cláusulas exorbitantes:

- 1) Implican una prerrogativa exorbitante ya que denotan la fuerza pública o “*puissance publique*” del Estado, que representa privilegios para la Administración Pública en sus contrataciones.
- 2) No tienen equivalencia en el Derecho común, ya que un pacto de éste tipo resultaría ilícito por ser contrario al orden público al provocar un desequilibrio severo en la paridad que las partes contractuales deben tener.
- 3) La cláusula exorbitante es privativa del Derecho público<sup>285</sup>.

Las cláusulas exorbitantes son establecidas en el contrato de concesión como parte de la determinación impuesta en las condicionantes de las bases, esto es así, dado que los entes públicos que convocan a una licitación pública, invitación restringida o asignan de manera directa la prestación de los servicios públicos correspondientes, imponen de antemano las cláusulas que contendrá el contrato que firmará el asignatario correspondiente el cual deberá adherirse a dichos términos unilateralmente fijados.

#### IV.2.3.1 La justificación de las cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

Estas cláusulas tienen como finalidad última el evitar que las controversias que surjan entre las partes en el desarrollo de la vida del contrato de concesión o los cambios repentinos de condiciones económicas, operativas, sociales o inclusive naturales, entorpezcan la debida prestación de los servicios públicos encomendados originariamente a la Administración Pública.

Efectivamente, la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión implica el establecimiento de prerrogativas, atribuciones y derechos favorecedores de la entidad pública concesionante que no encuentran una paridad o correspondencia con las otorgadas al concesionario lo que le permiten a la Administración Pública ejercer mecanismos legales que garanticen la prestación continua, uniforme y suficiente de la prestación de servicios públicos concesionados en aras del interés de la sociedad.

Ramírez García<sup>286</sup> da cuenta de la posición desigual de las partes en los contratos administrativos ya que la Administración Pública actúa, al menos en la parte de Derecho público de la concesión para la prestación de servicios públicos, como un ente supra ordenador, lo cual le concede las siguientes atribuciones:

---

<sup>285</sup> Nava Negrete, Alfonso. (obra *Estudios Administrativos*) Ob. cit. pp. 30-33.

<sup>286</sup> Ob. cit. p. 278.

- 1) Adaptar los términos del contrato administrativo a las necesidades públicas colectivas variando, dentro de ciertos límites, las condiciones, circunstancias, naturaleza y extensión de las obligaciones de su co contratante;
- 2) Ejecutar el contrato de manera directa o a través de un tercero en caso de incumplimiento o mora del concesionario, lo cual puede efectuar directa y unilateralmente e, inclusive, con cargo a éste.
- 3) Dejar sin efectos el contrato en caso de incumplimiento del concesionario cuando así lo requieran las necesidades públicas colectivas; esto lo puede efectuar el ente concesionante de pleno derecho, es decir, sin necesidad de agotar un procedimiento jurisdiccional previo.

Se comparte la opinión de Pérez Hualde en el sentido de que las cláusulas exorbitantes sólo son justificables ante la vinculación directa de las funciones esenciales del Estado y/o para cubrir los servicios públicos<sup>287</sup>.

#### IV.2.4 Las cláusulas exorbitantes o de Derecho público contenidas en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos.

Se ha afirmado en la presente tesis que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos están compuestos de dos partes, la de Derecho público y la Derecho privado, pues bien, a efecto de sustentar dicha aseveración, se procede a deslindar ambos segmentos de la figura jurídica en análisis.

Como lo indica el título del presente numeral, se identifica la parte de Derecho público de las concesiones para la prestación de servicios públicos con la presencia de cláusulas exorbitantes en los contratos correspondientes lo cual se ha constatado con la revisión de diversos contratos de concesión que serán referidos en el siguiente capítulo de esta tesis.

Las cláusulas que se reiteran en los contratos revisados se confrontan con opiniones doctrinarias y derecho positivo como se muestra a continuación.

##### IV.2.4.1 Cláusula de mutabilidad del contrato o “*potestas variandi*”

El contenido de esta cláusula le permite al ente público concesionante modificar unilateralmente el contrato atendiendo la conveniencia de la prestación del servicio público.

Nava<sup>288</sup> señala que, acorde a esta imposición de la entidad concesionante, esta se reserva la facultad de modificar o, incluso rescindir el contrato de concesión para

---

<sup>287</sup> Ob. cit. P. 443.

<sup>288</sup> Nava Negrete, Alfonso. (obra *Estudios Administrativos*) Ob. cit. p. 25.

la prestación de servicios públicos cuando el interés público así lo requiera, respecto a lo cual coincide Ramírez García<sup>289</sup> quien señala que esto distingue a los contratos públicos de los de Derecho privado.

La unilateralidad a que se hace referencia en los párrafos anteriores se refiere al hecho de que la Administración pública puede efectuar las modificaciones que motive como pertinentes con una simple declaración de su parte, es decir, sin necesidad de obtener una declaración jurisdiccional que las avale.

El contrato de concesión para la prestación de servicios públicos puede ser mutado por el ente público concesionario si así lo estima conveniente para satisfacer el interés público lo cual es contrastante con el “*pacta sunt servanda*” del Derecho civil que impide que una sola de las partes modifique el acuerdo celebrado sin tener un consentimiento de su contraparte u otorgarle una contraprestación compensatoria a esta.

Ramírez García afirma que esta adaptación implica una flexibilidad frente a la rigidez de los contratos privados que ayuda a adecuar la naturaleza y extensión de las obligaciones del concesionario a las necesidades públicas colectivas, lo cual puede efectuarse dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias<sup>290</sup>.

Cassagne indica que la “*potestas varianti*” puede ser ejercida razonablemente por el sector público que concede dentro de los límites establecidos en la normativa que correspondan, lo cual responde a un eventual cambio de circunstancias relativos a la finalidad perseguida lo cual es lícito y justo cuando estas modificaciones sean objetivamente necesarias. Martínez indica que estas modificaciones pueden incidir en aspectos del contrato tales como su duración, el volumen o cantidad de servicios a ser prestados, sus condiciones de ejecución, etc.<sup>291</sup>

Esta atribución de la concesionante se encuentra correlacionada con la siguiente.

#### IV.2.4.2 Cláusula de inaplicabilidad de la “*exceptio non adimpleti contractus*”.

La teoría civilista establece como norma el cumplimiento recíproco de obligaciones lo cual implica que la persona que pretende exigir de su contraparte el cumplimiento de obligaciones contractuales, debe, a su vez, estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo conforme a lo pactado en el acto jurídico respectivo.

---

<sup>289</sup> Ob. cit. p. 254.

<sup>290</sup> Ob. cit. p. 254.

<sup>291</sup> Martínez, Patricia Raquel. Capítulo denominado “*Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo*” contenido dentro de la obra colectiva “*Contratos Administrativos*” coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2006. Pp. 474-476.

No obstante lo anterior, en materia de Derecho público, esta teoría no es aplicable para el ente público concesionante quien no tiene que demostrar haber cumplido con lo que le corresponde contractualmente para poder exigir al concesionario que cumpla con la prestación del servicio público respectivo tal como lo señala Ramírez García<sup>292</sup>.

En otras palabras, esta cláusula exorbitante le permite a la Administración Pública incumplir con el pago de las prestaciones económicas que le corresponden al concesionario y, aun así, podrá exigirle que siga llevando a cabo la prestación de los servicios públicos correspondientes con la justificación de que su realización no puede suspenderse por tratarse de una actividad que resulta imprescindible para la colectividad.

Si bien es cierto que en caso de que la concesionante se ampare en la “*exceptio non adimpleti contractus*” el concesionario puede efectuar los reclamos extra judiciales o jurisdiccionales que correspondan, esto no impedirá que se le exija seguir satisfaciendo la realización de los servicios o bien, que se le inicie un procedimiento rescisorio por la falta de cumplimiento de lo que jurídicamente le corresponde.

#### IV.2.4.3 Cláusula de la continuidad u “*obligación de ejecutar*”.

Debido a la importancia de mantener en operación los servicios públicos cuya ejecución ha sido delegada al concesionario, es dable que se establezca una cláusula dentro del contrato de concesión mediante la cual se prohíba al prestador suspender, total o parcialmente, la realización de los mismos a fin de garantizar a la población su debida y suficiente recepción.

La exorbitancia de esta cláusula consiste en que la concesionante puede exigir al particular que siga prestando el servicio público que le fue asignado aun ante el incumplimiento en el pago de su contraprestación económica.

Esta obligación, a la cual la doctrina francesa denominó la “*obligación de ejecutar*” se encuentra relativizada en la práctica mexicana ya que, si bien existen contratos de concesión para la prestación de servicios públicos donde se omite su expresión y, por lo tanto tácitamente se obliga al concesionario a cumplir ineludiblemente su trabajo, también se dan contrataciones donde se establecen cláusulas que facultan al concesionario a suspender justificadamente la prestación de los servicios ante la falta de pago por parte de la concesionante; esta posibilidad del concesionario tienen un contenido de Derecho privado ya que le permite oponer el cumplimiento de obligaciones recíprocas con su contraparte.

---

<sup>292</sup> Ob. cit. p. 255.

La jurisprudencia argentina apoya la posibilidad de que el concesionario pueda suspender sus trabajos al indicar, en el caso *Ute Macoim v. Ministerio de Defensa, LL, 1999-C-511*, que, cuando el incumplimiento de obligaciones por parte de la Administración Pública sea de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite al contratante para cumplir sus obligaciones, se le atribuirá a éste el derecho de suspender sus trabajos y, consecuentemente, será relevado de la obligación de continuar con la prestación respectiva pues, lo contrario, implicaría obligarlo a actuar como financiador de las obras estatales<sup>293</sup>.

Como puede observarse, la inaplicabilidad de la “exceptio non adimpleti contractus” y la cláusula de continuidad tienen un mismo sentido consistente en la obligación del concesionario de continuar con la prestación de los servicios públicos a pesar de la falta de reciprocidad de la concesionante.

#### IV.2.4.4 Cláusula de la conclusión unilateral del contrato.

Una de las muestras más drásticas de la exorbitancia de los pactos que pueden incluirse en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos es la que le otorga a la concesionante la posibilidad de concluirlos mediante una simple declaración unilateral de su parte.

Efectivamente, en el clausulado de las concesiones puede incluirse la determinación que permita al ente concesionante dar por concluido el derecho que tiene el concesionario a terminar la relación contractual con el concesionario de pleno derecho, es decir, sin que le otorgue al concesionario la oportunidad de agotar todas las defensas, recursos o juicios que pudiesen corresponderle.

Es relevante señalar que los textos normativos que regulan la concesión para la prestación de los servicios públicos adolecen de una técnica legislativa deficiente al no contar con una terminología uniforme para designar la finalización unilateral anticipada del contrato por parte de la concesionante, lo cual se ve reflejado en los contratos que documentan dichas concesiones que la denominan, indistintamente, como rescisión, caducidad o simplemente como terminación.

Sin pretender ahondar en el problema de la confusa (por multívoca) denominación de la conclusión anticipada de los contratos en estudio, se propone la siguiente distinción de dichas figuras:

Rescisión: implica la conclusión de un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos cuando alguna de las partes ha incumplido de manera grave y/o reiterada las obligaciones que le corresponden.

Es relevante indicar que tanto la concesionante como el concesionario pueden invocar la rescisión por incumplimientos de su contraparte; sin embargo, el régimen procesal para ejercer dicha acción es radicalmente distinto para cada una

---

<sup>293</sup> Ob. cit. P. 448.



de ellas ya que, mientras el concesionario tendría que agotar un procedimiento y/o proceso administrativo previo para lograr la declaración de la infracción de su contraparte, la concesionante como persona de Derecho público, goza de la prerrogativa exorbitante de declarar de manera unilateral la conclusión del contrato respectivo.

Como muestra de la rescisión, observamos lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que, en materia federal, regula la prestación de servicios públicos; esta disposición permite a las dependencias y entidades públicas decretar la rescisión contractual cuando el concesionario incumpla sus obligaciones, siguiendo éste procedimiento:

1. El ente público concesionante comunica por escrito al concesionario el incumplimiento que le imputa y le concede cinco días para que exponga lo que a su derecho convenga aportando las pruebas correspondientes.
2. Una vez ocurrido lo anterior, la concesionante tendrá quince días hábiles para resolver lo cual deberá efectuar considerando las argumentaciones y pruebas del concesionario con lo cual fundará y motivará su resolución.
3. En caso de rescindir el contrato, deberá el ente establecer el finiquito que corresponda por los servicios prestados al momento de la conclusión.

Este procedimiento se replica con variantes de forma en las legislaciones estatales y regulaciones municipales lo cual hace ver que la Administración Pública se erige como juez y parte para rescindir los contratos de concesión que opera configurando así una de las más relevantes cláusulas exorbitantes encontradas en estos actos jurídicos.

Pérez Hualde distingue entre la “sanción rescisoria” y la “facultad rescisoria”, señalando que en ambos casos la Administración da por rescinde el contrato pero, en el primero de ellos, lo hace como una sanción por incumplimientos del concesionario a la prestación de servicios y, en el segundo, lo hace en el uso de una prerrogativa de conveniencia público en cuyo caso, deberá indemnizar a su contraparte en aras del equilibrio financiero<sup>294</sup>.

Caducidad: en materia administrativa se utiliza como sinónimo de la rescisión; sin embargo, la teoría general del Derecho (Carnelutti) la identifica con la extinción de una situación jurídica por no cumplir un acto dentro de un determinado término<sup>295</sup>; acorde a esto, las caducidades en la materia que ocupa a la presente tesis, debería identificarse con la terminación de un contrato debido a que el concesionario no llevó a cabo determinadas acciones en un tiempo específico predeterminado que impide ejecutar o seguir ejecutando los servicios correspondientes.

---

<sup>294</sup> Ob. cit. p. 454.

<sup>295</sup> Ob. cit. Pp. 337-338.

Como ejemplo a lo anterior podemos citar la obligación que tiene el concesionario de otorgar una fianza de cumplimiento de la prestación del servicio público que emite a la entidad concesionante de manera anual de tal modo que, en caso de incumplimiento, podría esta decretar la caducidad de la concesión.

En suma la rescisión y la caducidad son términos indiferentes dado que ambos implican la conclusión anticipada y unilateral que ejecuta la concesionante por causas presumiblemente imputables al concesionario; sin embargo, en aras a la precisión técnico - jurídica, debe dejarse establecida su distinción.

Terminación: a diferencia de las figuras previamente indicadas, la terminación no resulta como consecuencia de un incumplimiento de las partes sino de una suerte de “*muerte natural*” del contrato derivada de causas tales como la conclusión del plazo de la concesión, la realización de la obra para la cual se contrató, el mutuo acuerdo de las partes, la imposibilidad de seguir efectuando la prestación de los servicios correspondientes, etc.

No obstante lo anterior, en el artículo 54 bis la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público se identifican otras causas de terminación de los contratos administrativos al brindar a la entidad pública concesionante la posibilidad de finiquitar el contrato cuando se presenten razones de interés general o bien cuando se extinga la necesidad de requerir los servicios contratados siempre y cuando se justifique que, de continuar operando el contrato, se ocasionaría algún daño o perjuicio a la concesionante, o se determine la nulidad de los actos que originaron la contratación debido a la existencia de una resolución, inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública.

No obstante que la disposición previamente referida faculta a la concesionante para que decreta la terminación unilateral, prevé, por otra parte, una compensación para el concesionario ya que deberán reembolsársele los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato correspondiente.

Como prueba de la exorbitancia de la cláusula de revocación se observa el procedimiento establecido en el artículo 146 de la Ley de Gobierno Municipal del Estado de Nuevo León, que es similar al de otras legislaciones municipales, estatales y federales a lo largo del país, el cual muestra un procedimiento modelo de revocación cuándo la concesionante considera que debe dar por terminado un contrato de concesión.

El artículo en referencia indica que el procedimiento inicia de oficio por parte del ente público concesionante, es decir, que éste elige el momento y determina unilateralmente el motivo por el cual iniciará la remoción de su contraparte; posteriormente debe dar vista al concesionario para que haga sus

manifestaciones, las cuales, junto con las pruebas y alegatos que sean ofrecidos serán valorados por la misma concesionante quien terminará resolviendo la procedencia de la revocación, es decir, que esta es juez y parte, por lo cual no es difícil prever el sentido que tendrá su resolución.

#### IV.2.4.5 Cláusula de asunción de la prestación de los servicios públicos.

En caso de que el ente público concesionante declare la suspensión o terminación de la prestación de los servicios éste debe tomar las medidas para garantizar a la ciudadanía que, a pesar de que exista un rompimiento contractual con la concesionaria, la prestación de dichos servicios continuará; para tal efecto, es común la inclusión de cláusulas que le permiten al Estado asumir ya sea de manera directa la realización de los trabajos públicos que correspondan o bien, designar a terceras personas ajenas al contrato de concesión para que lleven a cabo las labores respectivas durante el tiempo que tome asignar una nueva concesión.

Si bien la justificación para asumir de manera directa la prestación del servicio o de asignarla a una persona distinta al concesionario se basa en que debe continuar a toda costa la satisfacción de las necesidades de la colectividad, lo exorbitante de la cláusula consiste en que la Administración Pública puede llevar a cabo estos actos mediante una declaración unilateral previamente a que al particular defienda en todas las instancias sus posibles justificaciones legítimas.

#### IV.2.4.6 Cláusula de la interpretación unilateral del contrato.

Como antecedente al análisis de éste tipo de cláusulas se citan las consideraciones expuestas por Guastini; para dicho tratadista italiano el término “interpretación” se refiere a la atribución de significado a una fórmula normativa cuándo existen dudas o controversias en cuanto a su aplicación, por lo tanto, un texto (en éste caso un contrato o parte de él) requerirá interpretarse únicamente cuándo su significado sea oscuro o discutible, es decir, cuando se duda sobre si aplicable o no a un determinado supuesto de hecho<sup>296</sup>.

En lo que respecta particularmente a la interpretación contractual, el magistrado Tafoya Hernández indica que esta puede darse desde dos ópticas, la que interpreta al contrato como acto jurídico y la que lo visualiza como norma; en la primer modalidad de la interpretación, esta se concreta a dicho acto, aislándolo del sistema jurídico, por ello se analizan sus cláusulas limitando su alcance o sentido a lo acordado por las partes; en tanto que, para la interpretación del

---

<sup>296</sup> Ob. cit. Pp. 3-4.

contrato como norma, es menester situar al contrato dentro del ordenamiento jurídico para poder asignarle sentido<sup>297</sup>.

Una vez expuesto lo anterior, se hace referencia a una disposición de frecuente inclusión en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos consistente en la estipulación que indica que, en caso de surgir una discrepancia entre las partes al momento de interpretar una determinada cláusula o conjunto de cláusulas del contrato, la interpretación que prevalecerá será la que señale el ente público concesionario.

La exorbitancia de esta cláusula es clara frente a las reglas de la interpretación civilista dónde, al surgir interpretaciones opuestas entre las partes, estas deben recurrir a un órgano jurisdiccional (o un árbitro) para que determine la significación aplicable; sin embargo, en el supuesto de la concesión, la entidad pública concesionante se reserva de manera unilateral la interpretación de dicha discrepancia a fin de que prevalezca lo que ella decida.

#### IV.2.4.7 Cláusula de la imposición unilateral de sanciones y penas convencionales.

Una de las más claras cláusulas exorbitantes es la consistente en la facultad que tiene el ente público concesionario de aplicar sanciones y/o penas a su contraparte privada en caso de que determine que hubo alguna desviación o incumplimiento a las obligaciones que a esta le corresponde.

El espíritu de esta disposición consiste en salvaguardar la debida prestación de los servicios así como la eficaz aplicación de los recursos públicos de tal modo que, ante las fallas del empresario, la Administración Pública puede descontar sus pagos o exigirle el pago de penalidades económicas.

A guisa de ejemplo, la fracción XIX del artículo 46 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Nuevo León, señala la posibilidad de que las concesionantes aplican éste tipo de sanciones, como se indica a continuación:

*XIX. Condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, arrendamientos o servicios, por causas imputables a los proveedores;*

La exorbitancia de esta cláusula consiste en que el ente público concesionario puede aplicar la afectación económica al concesionario mediante una simple declaración unilateral y pudiéndola hacer efectiva ya sea mediante un procedimiento administrativo de ejecución, reteniéndole pagos o ejecutándole las garantías que haya constituido, lo cual afecta la garantía de seguridad jurídica de

---

<sup>297</sup> Tafoya Hernández, José Guadalupe. Artículo denominado “Interpretación de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal”, contenido en la Revista del Instituto de la Judicatura Federal, versión electrónica localizable en: [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8\\_16.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_16.pdf)

los concesionarios al tener que remar contra corriente para intentar obtener alguna suspensión judicial que prevenga afectaciones en su patrimonio hasta en tanto se resuelva de fondo de controversia.

#### IV.2.4.8 Cláusula de la auto tutela para la resolución de conflictos con la contraparte.

En un capítulo previo fueron expuestas las diversas vías que tiene el concesionario para defender sus derechos dentro de un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos donde pudo observarse que una de ellas consiste en la tramitación de un recurso administrativo.

El recurso administrativo tiene dos peculiaridades relevantes desde el punto de vista de las cláusulas exorbitantes: la primera consiste en que la facultad de establecer la prerrogativa de resolver las controversias surgidas en un contrato de concesión por la vía administrativa le corresponde de manera unilateral al ente concesionante; a manera de ejemplo de esto se muestra lo indicado en la fracción XXI del artículo 46 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Nuevo León que establece que éste tiene facultades para llevar a cabo los procedimientos de solución de controversias (derivados de un contrato de concesión), distintos a los de negociación, mediación o arbitraje indicados en dicha normativa.

Lo anterior denota que la autoridad puede elegir instaurar las cláusulas necesarias en el contrato para forzar al concesionario a resolver, al menos en primera instancia, las controversias que surjan, por esta vía.

El segundo punto relevante de esta cláusula exorbitante consiste en que, al tratarse de un recurso administrativo, el trámite de dicho procedimiento se lleva ante el mismo organismo público que ha contratado, es decir, que la concesionante se convierte en juez y parte en la resolución del conflicto respectivo.

#### IV.2.4.9 Cláusula de reversión de los bienes afectos a la concesión.

Una de las cláusulas exorbitantes determinantes en la parte de Derecho público de los contratos de concesión es la que permite a la administración pública revertir los bienes afectos a la prestación de los servicios públicos a favor de la concesionante.

Esta prerrogativa tiene dos facetas:

i) Regular: en las bases de las licitaciones que originan las concesiones, suele establecerse como requisito para que el concesionario pueda llevar a cabo la

prestación de servicios públicos que éste efectúe inversiones en equipo e instalaciones, lo cual implica que éste debe adquirir o emplear bienes para realizar los trabajos, pues bien, por regla general, se establece que, una vez concluida la vigencia del contrato, dichos bienes deben ser transmitidos en propiedad al ente público concesionante, esto a fin de que puedan seguir siendo utilizados para llevar a cabo los servicios públicos independientemente de la persona que sustituirá al concesionario.

Lo anterior tiene sentido para el concesionario si se considera que éste debe incluir la amortización del valor de los bienes que empleará en la prestación de los servicios públicos en las tarifas que cobrará a la Administración Pública de tal modo que, una vez que concluya la vigencia del contrato, el empresario debe haber recuperado el valor de las inversiones, los gastos y haber obtenido una utilidad razonable, luego entonces, resulta lógico que su obligación sea transmitir la propiedad de los bienes a la concesionante.

ii) Extraordinaria: en los casos en los cuáles la concesionante decide dar por terminado anticipadamente el contrato, la reversión sirve para brindarle al ente concesionante la posibilidad de que, ante la finalización “anti natural” del contrato de concesión, pueda éste tomar los bienes empleados para la prestación de los servicios públicos que le correspondían al concesionario (ya sea porque eran de su propiedad o porque la concesionante se los había asignado al iniciar la concesión), a fin de garantizar a la ciudadanía la continuidad en la prestación de dichos servicios; esta recuperación de los bienes servirá ya sea para que la Administración Pública puede efectuar de manera directa los trabajos de ejecución de los servicios o bien reasignarlos a un tercero que cuente con la capacidad técnica, administrativa y económica suficiente para relevar al empresario que ha sido despojado de sus funciones como concesionario.

En relación con lo manifestado anteriormente, Fernández Ruiz<sup>298</sup> identifica tres elementos relevantes en la reversión:

a) Bienes sujetos a reversión: como se indicó previamente, en la prestación de servicios públicos el concesionario se ve obligado a aportar un conjunto de bienes y, en ocasiones, derechos, para poder llevar a cabo la actividad respectiva; como ejemplo, un operador del sistema de limpia emplea unidades automotrices recolectoras, equipo especializado para la logística de rutas, contenedores y hasta inmuebles que constituyen los sitios de disposición final de residuos, pues bien, estos bienes, por regla general, deben ser revertidos al ente público concesionante a la finalización de la vigencia del contrato.

Esta disposición constituye una cláusula exorbitante cuando se otorga contractualmente a la Administración pública, la posibilidad de revertir (o tomar) los bienes que son propiedad del concesionario afectos a la prestación del servicio

---

<sup>298</sup> Fernández Ruiz, Jorge (obra *Derecho Administrativo. Contratos*) ob. cit. Pp. 410-411.

aun cuando el contrato se encuentra vigente siempre y cuando justifique que el llevar a cabo dicha acción es más conveniente para las finanzas de la entidad correspondiente y para la población que recibe los servicios comparado con la continuación de la prestación concesionada.

Otra posibilidad en la cual puede presentarse la ejecución de la reversión es la derivada de faltas graves cometidas por el concesionario; en éste caso, el retiro de los bienes al concesionario podría considerarse como una especie de pena convencional por poner en riesgo la continuidad de la prestación de los servicios públicos; en éste caso, la cláusula exorbitante podría consistir en imponer la posibilidad de tomar los bienes utilizados para la prestación de los servicios sin necesidad de que exista un juicio previo al estar aplicando una ejecución contractual.

b) Situación jurídica de los bienes sujetos a reversión: Existen dos posiciones respecto a la posibilidad de revertir los bienes afectos a la concesión.

La primera consiste en el antecedente tarifario que originó la licitación y posterior asignación del contrato a una persona en particular; acorde a esto, en las bases de la licitación puede establecerse que las propuestas económicas que oferten los participantes en el concurso, consideren la inversión en equipo y/o maquinaria y/o inmuebles que destinarán a la prestación de los servicios públicos, de tal modo que, con los pagos que reciba del concesionante a lo largo de la vigencia de la concesión, puedan recuperar el valor de dichos bienes, los costos de la operación y obtengan una utilidad razonable; acorde a lo anterior, es natural que el concesionario tenga que hacer entrega de dichos bienes a la concesionante dado que esta ha cubierto su valor.

La segunda posibilidad es que la oferta económica hecha por el concesionario no implique la traslación de la propiedad de los bienes al ente concesionante, con lo cual la reversión sólo procedería bajo la ejecución de una cláusula exorbitante y mediante el pago de la indemnización correspondiente al concesionario.

c) Indemnización de la reversión: como previamente se indicó, la entidad concesionante puede revertir los bienes afectos a la concesión; sin embargo, será necesario determinar la causa por la cual está ejerciendo esta prerrogativa exorbitante.

Si la ejecución deviene de la finalización natural de la concesión, es decir, del término de la vigencia del contrato, la concesionante no tendrá que efectuar pago alguno a la concesionaria dado que la contraprestación económica que ha efectuado a lo largo del tiempo que duró la concesión cubre el valor de dichos bienes, por ello le corresponden.

Si la reversión se dio como resultado de la aplicación de una sanción por faltas graves del concesionario, lo que corresponde es que la concesionante efectúe una

estimación económica de la pena que le corresponda al concesionario acorde a lo que en su caso señale el contrato y, contra esto, se determine un valor de los bienes, resultando una suerte de compensación entre ambos elementos.

Por último, si la reversión se da antes de la finalización de la concesión y se ha determinado por conveniencia del ente público o de la ciudadanía, aplicarán los principios de la teoría del equilibrio financiero, conforme a la cual la administración deberá cubrir al concesionario lo que le corresponda como indemnización tanto por el retiro de los bienes como por las expectativas económicas válidas que le correspondían por la adjudicación de la concesión.

Acorde a la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se sostiene en la presente tesis debe entenderse que los litigios que surjan con motivo del contenido de Derecho público que se ha analizado previamente, deberán ser atendidos en la jurisdicción administrativa, con lo cual se sientan los límites fronterizos entre esta sección del contrato y la que tiene un contenido de Derecho privado que a continuación se analizará.

#### IV.3 El contenido de Derecho privado de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

Se ha afirmado a lo largo del presente trabajo que el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos es bivalente dado que comprende una parte de Derecho público (según lo expuesto y demostrado en los puntos anteriores), y una parte de Derecho privado considerando el fin perseguido por el concesionario, es decir, la obtención de beneficio económico contra la prestación de un servicio.

Weber (citado por Gessner) indica que la empresa capitalista se basa en el cálculo económico y presupone un sistema jurídico y administrativo cuyo funcionamiento pueda predecirse racionalmente dada la existencia de normas generales fijas<sup>299</sup>, lo cual en el caso en estudio es, por lo menos, dudoso, ya que el sistema legal mexicano y la conceptualización de la figura de la concesión administrativa para la prestación de servicios públicos impide que el concesionario pueda contar con una fiable calculabilidad de expectativas de beneficios al aventurarse en la ejecución de los trabajos asignados con poca certeza de recuperar su inversión en caso de que su contraparte pública incumpla con las asignaciones económicas que le corresponden.

Debe entenderse claramente la importancia del establecimiento de obligaciones recíprocas en cualquier contrato, inclusive los de concesión, ya que el objetivo de la relación contractual debe ser la salvaguarda de una equivalencia en las prestaciones económicas que las partes mutuamente se conceden con lo cual,

---

<sup>299</sup> Gessner, Volkmar. *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2013. Pp. XXVIII-XXX.



factores como el precio y el margen de utilidad esperado deben ser considerados para que la prestación del servicio resulte sustentable para el concesionario y se guarde una razonabilidad en la ecuación entre las obligaciones que se le atribuyen con la retribución pecuniaria que recibirá en aras de la justicia conmutativa respectiva<sup>300</sup>.

Pues bien, en el presente apartado se procederá a realizar un análisis jurídico de la figura de la prestación de servicios a fin de comprender su asignación al Derecho privado y así complementar la teoría de la bivalencia que se expone en esta tesis.

#### IV.3.1 Ubicación contractual de la prestación de servicios vista desde el punto de vista del concesionario.

La primera determinación que ha de realizarse respecto a la figura del contrato de prestación de servicios es establecer si el mismo se encuentra tipificado en la legislación mexicana.

Por ser la fuente primaria del Derecho privado, debe recurrirse al Código Civil para revisar la estructura primigenia del sistema contractual y, a con la finalidad de generalizar el estudio que se realiza, se han analizado las disposiciones del Código Civil federal las cuales tienen eco prácticamente en todas las legislaciones estatales.

Desde el punto de vista de su función económica, los contratos civiles se clasifican en ocho grupos, a saber: 1) traslativos de dominio (compraventa, mutuo, permuta y donación); 2) traslativos de uso (arrendamiento y comodato); 3) de prestación de servicios (mandato, servicios profesionales, obra a precio alzado, hospedaje y aparcería); 4) asociativos (asociación, sociedad y aparcería); 5) de custodia (depósito y secuestro); 6) aleatorios (juego y renta vitalicia); 7) de garantía (fianza, prenda e hipoteca) y 8) de afirmación y esclarecimiento de derechos (transacción, compromiso arbitral).

A primera vista, podría pensarse que la prestación de servicios genéricos por parte de un empresario se encuentra tipificada en la categoría 3 del párrafo anterior; sin embargo, un análisis más detenido de los contratos ubicados en esta categoría hacen concluir que ninguno de ellos (mandato, servicios profesionales, obra a precio alzado, hospedaje y aparcería) regula de manera directa la prestación de servicios que un concesionario le brinda al ente público concesionante.

Es conveniente desmarcar al contrato de prestación de servicios profesionales del contrato de concesión que ocupa a la presente tesis ya que aquél tiene un objeto

---

<sup>300</sup> Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis editores. Bogotá. 1999. P. 450.

distinto; Treviño García<sup>301</sup> define a dicho acto jurídico como el contrato por el cual una persona denominada profesionista o profesor, se obliga a efectuar un trabajo que requiere preparación técnica o artística (ocasionalmente también un título profesional) a favor de otra denominada cliente a quien le corresponde, como retribución, el pago de honorarios. Como puede verse, el prestador de servicios tiene características distintas y los servicios que se prestan son de naturaleza diversa.

Efectivamente, en éste contrato la concesionante lo que presta son servicios públicos, los cuales, acorde a lo indicado por la fracción III del artículo 115 constitucional le corresponden a los municipios y sólo los siguientes pueden ser concesionados: I. Limpia, II. Rastros, III. Mercados y centros de abasto, IV. Panteones, V. Alumbrado público, VI. Calles, parques y jardines; de esta enumeración, se concluye que los empresarios que contratan con un ayuntamiento o con algún organismo descentralizado, se comprometen a llevar a cabo las actividades necesarias para efectuar la prestación de servicios correspondientes, las cuales no se encuentran específicamente reguladas en ninguna de las figuras típicas indicadas en el párrafo anterior (con la posible excepción de la prestación de servicios profesionales cuándo se trate de dar algún tipo de asesoría al ente concesionante para realizar alguna de ellas).

Lo anterior conduce a la conclusión de que el contrato de prestación de servicios, desde el punto de vista del concesionario, es atípico y, por lo tanto, se regula conforme a los pactos contractuales hechos por las partes.

El pacto contractual generador de figuras no tipificadas en ley es válido en nuestro sistema legal tal como lo demuestra el sistema contenido en el artículo 1858 del Código Civil Federal que señala que los contratos no tipificados en dicho ordenamiento, deben regirse por: a) las reglas generales de los contratos; b) lo pactado por las partes; c) a falta de correspondencia con lo anterior, se aplica la analogía con las disposiciones del contrato con el que tengan mayor similitud.

Díez-Picazo coincide con los principios previamente expuestos al indicar que la regla de la libertad contractual engendra la posibilidad de que las partes acuerden contratos sin necesidad de ajustarse a las tipificaciones legales, así como modificar o sustituir la disciplina normativa que corresponda a un tipo de contrato acorde a los intereses que los intervinientes pretendan alcanzar<sup>302</sup>.

El precitado autor indica también que, la realidad social hace que las partes pasen de una abstracción normativa impositiva de figuras rígidas a la adaptación de acuerdos que cubran el contenido económico necesario para la realización del objeto que desean llevar a cabo.

---

<sup>301</sup> Treviño García, Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*. McGraw Hill, 6ª edición. México. 2002. P. 365

<sup>302</sup> Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tecnos 2ª ed. Madrid. 1983. P. 385.

Por su parte Alterini<sup>303</sup> afirma que la tendencia actual es hacia la “*destipización*” contractual ya que la tipificación provoca la creación de moldes rígidos inconvenientes que pueden inclusive desnaturalizar el sentido del negocio que las partes pretendan documentar por lo que la regulación debería minimizar los tipos referidos a los contratos especiales de tal modo que el programa legal resulte mínimo.

Ahora bien, uno de los principales conflictos expuestos en el presente trabajo consiste en las diversas posiciones e intereses que tienen las partes dentro del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, ya que, mientras el ente concesionante tiene como objetivo satisfacer un interés público, el concesionario persigue la obtención de un beneficio económico; esta disparidad de intereses puede ser resuelta de manera pacífica si se divide el contenido de los contratos que ocupan a éste estudio, comprendiendo que el interés de orden público que la concesionante pretende lograr tiene su sistema propio de resolución de controversias (analizado anteriormente), pero que, frente a esta postura, el concesionario tiene un interés de naturaleza económica.

Respecto al aparente conflicto expuesto en el párrafo anterior De la Madrid<sup>304</sup> señala que los contratos atípicos permiten a los contratantes lograr una finalidad distinta de aquella que se encuentra predeterminada (y también limitada) por el legislador para los contratos que tipifica permitiéndoles alcanzar una amplia gama de fines mediante un único vínculo obligacional que puede corresponder a distintos tipos contractuales, como ocurre en el caso de la concesión para la prestación de servicios públicos, que, por un lado cubre el interés colectivo que pretende satisfacer la Administración Pública y, por otro, el del lucro que persigue el concesionario contra la prestación del servicio que le asigna la administración pública.

El precitado autor<sup>305</sup> considera que los contratos atípicos utilizados en la actualidad para documentar acuerdos negociales entre las partes, tienen como rasgos característicos:

a) comprenden obligaciones de hacer complejas: es particularmente aplicable esta observación al problema en estudio dado que, para el concesionario prestador de servicios, le son atribuibles una serie de obligaciones que, no solo implican la realización en sí de los servicios, sino que también se sujeta a la expedición de reportes y a permitir supervisiones de su contraparte, entre otros compromisos de hacer a los que se somete.

b) son contratos de duración: si bien el autor en referencia no se expone sobre éste punto, se asimila esta idea a la extensión de la vigencia de las concesiones

---

<sup>303</sup> Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Teoría General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998. P. 185.

<sup>304</sup> De la Madrid, Andrade. *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*. Porrúa. México. 2016. P. 13.

<sup>305</sup> Ob. cit. p. 15.

las cuales, por regla general, tiene una duración considerable dado que el concesionario requiere plazos largos para recuperar las cuantiosas inversiones que llevan a cabo.

c) son contratos de empresa: por contrato de empresa, Barbieri<sup>306</sup> entiende a los que, por lo menos una de las partes es una persona física o moral titular de una empresa y, en consecuencia, cuenta con la organización requerida para proporcionar los servicios concesionados correspondientes.

Es relevante la consideración anterior dado que coincide con el planteamiento hipotético de esta tesis en el sentido de que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos cuentan con una parte de Derecho privado al comparecer en ellos un empresario.

d) son de colaboración: esta cuestión es particularmente asimilable a la figura en estudio ya que en dicho contrato convergen dos partes que, si bien tienen naturaleza jurídica y objetivos distintos, se unen para llevar a cabo un fin común que es la prestación de un servicio público.

Un estudio de gran valía en el campo de los contratos atípicos, es el realizado por los doctrinarios alemanes Ennecerus, Kipp y Wolff; estos autores crearon una clasificación de dichos actos jurídicos agrupándolos en 4 grupos, a saber: 1) Contratos típicos con prestaciones subordinadas (provenientes de contratos de otra especie); 2) contratos que presentan una yuxtaposición de prestaciones equivalentes en lo esencial pero que pertenecen a distintos tipos; 3) contratos con prestaciones contrapuestas también llamados híbridos o de doble tipo y 4) contratos mixtos dado que cuentan con mezclas de diversos tipos.

Si bien la clasificación anterior fue pensada para contratos de Derecho privado, se considera valiosa para la asimilación a las concesiones para la prestación de servicios públicos dado que, la categoría de los convenios híbridos implica que las obligaciones asignadas a una de las partes puede catalogarse dentro de un contrato en particular pero, al analizar las de su contraparte, se observa que estas se circunscriben en una figura jurídica distinta<sup>307</sup>; esto es atinente en el contrato de concesión donde la concesionante tiene como principal finalidad el cumplimiento de un contrato para garantizar la realización servicios públicos acorde al mandato constitucional que le corresponde, mientras la otra, le toca cumplir con la realización de los servicios que se le han asignado como retribución del pago que recibe.

En la doctrina civil, se ha admitido ampliamente que los contratos tienen una naturaleza económica por ello se admite la regla de la libertad contractual consistente en la posibilidad de que cada parte asume las obligaciones que cada

---

<sup>306</sup> Barbieri, Pablo C. *Contratos de empresa*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1998. Pp. 43, 58.

<sup>307</sup> Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. T. II, 2° vol.* Bosch. Barcelona. 1966. Pp. 9, 10, 15, 17.

una de ellas desee asumir; en el contrato en estudio, esto es particularmente relevante ya que el concesionario acepta la imposición de cláusulas de orden público y condiciones de prestación del servicio que, pueden ser impuestas por ordenamientos administrativos y derivadas de las necesidades de la prestataria de los servicios públicos correspondientes dado que espera recibir un beneficio económico a cambio, esto conforma el interés concreto del particular dado que a él no le corresponde originalmente la satisfacción de una necesidad colectiva sino que realiza las actividades necesarias para colmarla con la finalidad de recibir el pago que le corresponde y obtener las utilidades que todo empresario tiene derecho a percibir al llevar a cabo sus labores.

Borja Soriano expresa adecuadamente el objeto directo de un negocio jurídico al señalar que éste consiste en la creación, transmisión, conservación o extinción de derechos y obligaciones el cual difiere del indirecto que es lo que se debe dar o la conducta que se debe hacer o no hacer<sup>308</sup>, lo cual es asimilable al concesionario quien, en lo que respecta al objeto directo del contrato en análisis, consiste en la creación del deber de prestar el servicio que le ha sido asignado en la concesión y en el derecho a percibir la contraprestación económica pactada; por su parte, el objeto indirecto se compone de las obligaciones de hacer y no hacer específicamente indicadas en el contrato respectivo.

Una nota de particular importancia en lo que respecta a la parte civilista de la concesión pero que trasciende a la comprensión de la complejidad bivalente de dicho acto jurídico, es la del contrato híbrido que Ennecerus *et al* aportan; si bien estos tratadistas ubican esta idea de lo híbrido en los contratos privados atípicos, dónde se puede encontrar la existencia de convenios que tienen un doble tipo<sup>309</sup>, es decir, dos o más contratos distintos que se complementan y forman una fuente de obligaciones unificada.

Se considera que la apreciación de los autores citados en el párrafo anterior, es aplicable a la idea de la conjunción de contratos administrativos y privados en un solo acuerdo de voluntades, de tal forma, que aquí, la combinación de ambos da como resultado una figura “*sui generis*” que debe ser comprendida desde tal singularidad.

De modo coincidente con la teoría de los contratos híbridos indicada anteriormente, López Frias propone la idea de la “*conexidad contractual*” que se presenta cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos pero que tienen una estrecha vinculación funcional entre sí dada su finalidad global<sup>310</sup>.

La anterior idea es también aplicable a la bivalencia de los contratos de concesión ya que en ellos se presentan dos sujetos fundamentalmente distintos: una entidad

---

<sup>308</sup> Ob. cit. Pp. 138-139.

<sup>309</sup> Ob. cit. p. 9.

<sup>310</sup> López Frias, Ana. *Los contratos conexos*. José María Bosch editor. Barcelona. 1994. P. 273.

pública que persigue la cobertura de una necesidad colectiva a quien consecuentemente le interesa celebrar un contrato administrativo que garantice la continua satisfacción de un servicio público y, por otra, un particular que celebra un contrato de prestación de servicios mediante el cual recibirá una prestación económica; no obstante la radical diferencia entre la personalidad y fines perseguidos por las partes, el contrato de concesión para la prestación de servicios conecta ambas posturas al vincularlas funcionalmente por su finalidad última que resulta insoluble. La idea previa se confirma con la teoría de la “*coaligación bilateral*” mediante la cual se considera que los efectos jurídicos de los contratos vinculados se trasladan entre ellos recíprocamente ya que las vicisitudes en alguno de ellos afecta igualmente al otro o, como lo indica López Vilas<sup>311</sup>, la influencia recíproca entre los contratos determina una relación interdependiente.

Si bien, en el caso que ocupa a éste estudio no se trata de dos contratos distintos, si se trata de un contrato que aglutina dos posiciones jurídicas heterogéneas que generan lo que Lorenzetti<sup>312</sup> identifica como una operación económica que excede dos contratos distintos, el administrativo con su finalidad de interés público y la prestación de servicios con un claro objetivo económico por lo que, la amalgama de derechos y obligaciones que concurren en la concesión viene a regular la totalidad de los intereses de las partes que quedaría excedido en un contrato con exclusivamente administrativo o uno meramente civil.

Con el fin de circunscribir la parte de Derecho privado del acto jurídico en estudio, se propone la siguiente definición para la prestación de servicios desde la visión del concesionario: Contrato mediante el cual, una persona física o moral titular de una empresa, se obliga a realizar la prestación de un servicio público acorde a lo señalado en la concesión correspondiente, mediante el pago de una contraprestación económica que cubre sus gastos, inversiones y le proporciona utilidades.

Una vez establecida la parte de Derecho privado del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos podemos concluir que el mismo es atípico; por lo que, acorde con lo que Arce Gargollo indica, el mismo es reducible a las pretensiones y contenido que las partes en él plasmen (*pacta sunt servanda*) por lo que su interpretación es dable acorde a la normativa general de los convenios.<sup>313</sup>

En consecuencia de lo anterior, se estima que le corresponde a un órgano jurisdiccional competente en materia civil o concurrente desentrañar lo que corresponda respecto a las disputas que surjan de la parte de Derecho privado del

---

<sup>311</sup> López Vilas, Ramón. *El subcontrato*. Tecnos. Madrid. 1973. P. 228.

<sup>312</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte especial, t. I. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires. 2004. P. 716.

<sup>313</sup> Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. Porrúa 15ª, ed. México. 2012. P. 137.

contrato de concesión, es decir, de los acuerdos de las partes relacionados con la prestación de servicios; para lo anterior, es citable el sistema normativo aplicable a los contratos que cita De la Madrid, quien opina que la estructura interpretativa que el juzgador tendrá que observar para realizar su labor debe estar apegada al siguiente orden: 1) las normas imperativas; 2) lo pactado por las partes; 3) los usos y las prácticas relacionados con el contrato de que se trate; 4) las reglas generales de las obligaciones y de los contratos; 5) las normas especiales de los contratos en particular, ya sea que se trate de una aplicación directa o por analogía; 6) reglas compatibles con la naturaleza y objeto del contrato y 7) las que derivan de la buena fe objetiva<sup>314</sup>.

#### IV.3.2 Cláusulas determinantes de contenido privado en las concesiones para la prestación de servicios públicos.

La parte de Derecho privado del contrato de concesión puede ser revisada desde dos puntos de vista, el primero es subjetivo y el segundo objetivo.

El punto de vista subjetivo atiende al hecho de que el concesionario es un particular, ya sea que se trate de una persona física con actividades empresariales o una sociedad mercantil cuyo objeto social sea compatible con la prestación del servicio público que se le encomienda<sup>315</sup>.

El punto de vista objetivo atiende al contenido sinalagmático del contrato, es decir, a las cláusulas que implican obligaciones bilaterales - recíprocas para las partes dónde el concesionario asume el compromiso legal de prestar un servicio público conforme a la delegación que le hizo la concesionante y esta se obliga a cubrir un determinado pago por la realización de dicha actividad.

A manera ejemplificativa se citan los artículos 137 y 140 de la Ley de Gobierno Municipal para el Estado de Nuevo León de los cuales se extraen los requisitos que deben incluir los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos en dicha entidad federativa que incluyen elementos característicos de un

---

<sup>314</sup> Ob. cit. pp. 48-49.

<sup>315</sup> Un comentario peculiar respecto a la naturaleza jurídica de la persona que preste el servicio público es el emitido por Albertsen (ob. cit. p. 199) quien, a su criterio, existe la posibilidad de que Asociaciones Civiles puedan constituirse como concesionarios ya que su objeto social no se encuentra reñido con la obtención de ganancias, siempre y cuando las utilidades obtenidas por la prestación de los servicios concesionados no se distribuya entre los asociados sino que se reinvierta en el objeto social de dicha persona moral. Este razonamiento resulta inoperante dado que no es dable considerar a una persona moral que se constituya con el simple objeto de prestar un servicio público concesionado sin esperar la obtención de un lucro ni sería conveniente para la concesionante confiar la prestación de una actividad de interés público a una asociación cuya sustentabilidad económica quedaría en tela de juicio.

contrato de Derecho privado ya que implican derechos y obligaciones para las partes, como lo son:

- 1) la identificación y alcance de los servicios públicos que tendrá que llevar a cabo el concesionario;
- 2) la delimitación del área geográfica donde deberán ejecutarse los trabajos;
- 3) la tarifa a pagar al concesionario;
- 4) la fórmula matemática mediante la cual se debe actualizar periódicamente la tarifa que corresponde al concesionario como contraprestación;
- 5) la vigencia del contrato;
- 6) las condiciones bajo las cuales el concesionario deberá conservar las obras, instalaciones y el equipo que destine a la prestación del servicio concesionado;
- 7) las condiciones y/o plazos conforme a los cuales el concesionario debe efectuar renovaciones y modernizaciones de los equipos y/o instalaciones afectos a los servicios;
- 8) la contratación de seguros y fianzas que garanticen a la concesionante la continua prestación de los servicios públicos respectivos;
- 9) los horarios a los que tendrá que ajustarse el concesionario para prestar el servicio;
- 10) las inversiones, construcciones, obras y adecuaciones que deberá aportar el concesionario para la adecuada prestación de los servicios públicos concesionados;
- 11) los reportes e informes que tendrá que rendir el concesionario a su contraparte.

A continuación se efectúa un análisis de las cláusulas más representativas de Derecho privado encontradas en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos.

#### IV.3.2.1 Cláusula de la fijación de los servicios a ser prestados.

Dado que el presente estudio se circunscribe a un determinado tipo de concesión esta cláusula se refiere al detalle de los servicios públicos que llevará a cabo el concesionario.

Estos servicios públicos le corresponden primordialmente a los municipios según lo dispone la fracción III del artículo 115 de la Constitución federal de la cual deducimos que los que pueden ser concesionados son los siguientes:



- Limpia,
- Rastros,
- Mercados y centros de abasto,
- Panteones,
- Alumbrado público,
- Calles, parques y jardines.

En esta cláusula las partes establecen el alcance la prestación de servicios que deberá ejecutar el concesionario, por ejemplo, en materia de limpia, podría indicarse que le corresponde efectuar la recolección de residuos, su traslado, aprovechamiento y disposición final; cuando se trata de una prestación de servicios que implica abundantes detalles operativos, técnicos y de logística, suelen agregarse anexos al contrato de concesión a fin de precisar claramente lo que el concesionario deberá llevar a cabo.

Debe establecerse también en esta cláusula los recursos, tanto materiales como humanos que el concesionario destinará a la ejecución de los trabajos.

Es de Derecho privado esta cláusula dado que en ella se establece el alcance obligacional del concesionario de tal modo que, al demostrar que ha cumplido adecuadamente con sus obligaciones, podrá solicitar el pago de la contraprestación económica correspondiente.

#### IV.3.2.2 Cláusula de las inversiones.

El alcance de los servicios que el concesionario tiene que prestar fijan también las inversiones, es decir, los activos que el empresario tendrá que adquirir, rentar o emplear para poder cumplir cabalmente con lo que se ha obligado contractualmente.

La consideración de las erogaciones que tiene que efectuar el concesionario para estar en condiciones de prestar los servicios concesionados es relevante dado que esto implica un esfuerzo económico del empresario que compromete parte de su patrimonio con la intención de destinar bienes tales como equipo, maquinaria, vehículos, inmuebles, entre otros, al esfuerzo emprendedor requerido para cumplir con la prestación de los servicios públicos que le han sido concesionados.

El equilibrio financiero de las partes es básico para garantizar la subsistencia del objeto del contrato, por ello, es no sólo justo sino necesario que el ente público pague oportunamente la contraprestación a su contraparte de tal modo que esta pueda recuperar sus inversiones y obtener el beneficio económico programado lo que, consecuentemente, asegurará no solo la calidad sino la continuidad en la prestación del servicio público correspondiente.

#### IV.3.2.3 Cláusula de la contraprestación económica.

Para el concesionario la parte fundamental del contrato lo es la retribución económica que el ente público le deberá cubrir como resultado de los servicios que prestará.

Debe entenderse con toda claridad que, si bien, el fin esencial que persigue la Administración pública que otorga una concesión es la cobertura uniforme, plena, continua y suficiente de algún servicio público que satisfaga una necesidad de la población que representa, el concesionario no comparte dicho objetivo colectivo al menos de manera directa, sino que su interés es la obtención de beneficios económicos, lo cual expone la naturaleza bivalente del acto jurídico en estudio.

Se expuso en un capítulo previo la importancia de la libertad de comercio desde el punto de vista jurídico y económico por lo que solo resta indicar en éste apartado que el concesionario, como empresario que ejerce el comercio, participa en las licitaciones públicas ofreciendo las condiciones técnicas, administrativas y económicas que resulten más convenientes para la Administración pública para resultar elegida como su co contratante, la cual, en contrapartida, deberá asignar un determinado presupuesto para efectuarle los pagos correspondientes.

La propuesta económica hecha por el empresario durante la licitación se convierte en la contraprestación económica de la concesión una vez que se le designa a éste ganador del concurso lo cual debe ser debidamente documentado en el contrato correspondiente.

El monto propuesto por el concursante que pretende convertirse en concesionario se propone en la licitación considerando una serie de factores tales como el alcance del servicio a ser prestado, las inversiones que tendrá que efectuar para prestar adecuadamente los servicios contratados (ver apartado anterior), los gastos corrientes, el sueldo de sus trabajadores, los impuestos que se generen, las aportaciones municipales que el contrato establezca y, finalmente, las utilidades que espera obtener; es de gran relevancia la debida estimación de los factores anteriores ya que una incorrecta determinación de la tarifa a ser pagada puede acarrear graves consecuencias ya que podría resultar que los ingresos que perciba el concesionario resulten insuficientes para que la prestación del servicio sea sustentable, lo cual podría afectar la continuidad del mismo poniendo en riesgo a la comunidad usuaria.

Bustelo indica correctamente que el derecho fundamental que el concesionario tiene es el de percibir el precio, es decir, la facultad de recibir la remuneración pactada en el contrato a su favor como retribución por la prestación del servicio público que le fue asignado; afirma éste autor que dicho derecho nutre de manera decisiva la contratación pública ya que uno de sus principios nodales es el de “*conveniencia económica*” que se traduce en la evaluación económica consistente en la evaluación del precio que ofertó su co contratante (en el proceso de licitación

previo), por ello, será vital cubrirle los pagos que le correspondan para que éste pueda cumplir con la prestación del servicio público, visto de otro modo, la falta de pago oportuno al concesionario puede comprometer seriamente la continuidad de la concesión<sup>316</sup>.

Refiere el precitado autor que en Francia se acuñó el término “*derecho al equivalente económico*” derivado de la resolución del “*arret Cie. Francaise de Tranways*” en el cual el Consejo de Estado reconoció a un concesionario de servicios públicos el derecho a la “*honesta equivalencia*” entre lo que se le concedía y exigía dentro del contrato<sup>317</sup>.

La Corte Suprema argentina ha emitido fallos relevantes en relación con las tarifas que cobra el concesionario tal como lo vemos en la resolución que considera que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato administrativo debe mantenerse a lo largo de toda su vigencia ya que constituye para las partes contratantes un derecho subjetivo que debe ser reconocido ya que integra el derecho de propiedad del concesionario de tal modo que, la afectación del equivalente económico deberá corregirse ineludiblemente para reestablecer el equilibrio inicial que se encuentra garantizado constitucionalmente<sup>318</sup>; desafortunadamente éste criterio no ha sido replicado los tribunales mexicanos lo cual ayudaría a entender los derechos de naturaleza privada que le corresponden al concesionario.

En atención a que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos suelen ser contratados por períodos largos que comprenden varios años debe preverse en el contrato la actualización de la tarifa mediante la aplicación de fórmulas que consideren factores tales como la inflación, el incremento de insumos, el aumento en el costo de salarios, etc.; a éste respecto se hace referencia a otra resolución de la Corte Suprema argentina que señala la ilegitimidad de pretender que el régimen tarifario de la concesión permanezca inalterado durante la vigencia del contrato si las circunstancias exigen su modificación<sup>319</sup>.

La importancia de la obtención de utilidades es esencial en el actuar de los empresarios – concesionarios ya que el objetivo que persiguen es la generación de valor a las inversiones que estos realizan, es decir, el logro de ganancias lícitas.

---

<sup>316</sup> Bustelo, Ernesto. Capítulo denominado “*Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio*” contenido en la obra colectiva “*Contratos Administrativos*”, coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2016. Pp. 587-590.

<sup>317</sup> Ob. cit. p. 603.

<sup>318</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fallos. 158:268.

<sup>319</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Cía. Gral. De Gas S.A. c/Energas y otros*”. Sentencia del 23/08/11.

#### IV.3.2.4 Cláusula de la forma de pago.

Un punto relacionado con el pago de la contraprestación económica que debe efectuarse al concesionario es la relativa al modo y tiempo de su pago.

La fijación del pago al concesionario se realiza, tratándose de la prestación de servicios públicos, en parcialidades que pueden ser cubiertas de modo semanal, quincenal, mensual o bimestral; para la realización de estos pagos se establece un determinado mecanismo que puede consistir en el cotejo periódico de los servicios prestados para validar el monto que debe cubrirse (cuando se trata de pagos variables, por ejemplo, que dependan de la cantidad de residuos que se recolectan mensualmente ya que de ser un cobro fijo esto no sería necesario), la emisión de la factura que debe cubrir los requisitos fiscales correspondientes, la determinación de un plazo en el cual la concesionante podría refutar fundadamente el pago y, posterior a esto, el tiempo dentro del cual debe pagarse al prestador de servicios.

Las recientes reformas fiscales establecen que las transferencias de dinero derivadas del pago de prestaciones de servicio deben efectuarse de manera electrónica, por lo cual, lo que corresponde es que en el contrato se establezca que el pago al concesionario se efectúa mediante instrumentos bancarios.

Los mecanismos que se estipulan en los contratos de concesión para la forma de pago de los servicios prestados determinan el momento y alcance de la exigibilidad que el concesionario podrá efectuar al ente público concesionante.

Como ejemplo de lo anteriormente indicado se encuentra lo señalado en el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que indica que la fecha de pago al proveedor que se haya pactado en los contratos queda sujeta a las condicionantes que se hayan establecido, asimismo, los pagos deben efectuarse en un plazo no mayor a veinte días naturales contados a partir de la fecha en que hayan sido entregadas las facturas que amparen la entrega de los bienes o servicios respectivos.

La claridad de esta cláusula favorece la programación del flujo de ingresos del concesionario lo cual, consecuentemente, da estabilidad a la prestación de los servicios públicos concesionados.

#### IV.3.2.5 Cláusula de los intereses moratorios.

En directa correlación con la cláusula de la contraprestación económica y la forma de pago se encuentra el de los intereses moratorios ya que los mismos se derivan de la falta de pago oportuno de los pagos que le corresponden a la concesionante.

Se considera que la estipulación de los intereses moratorios son una clara muestra del carácter civilista de la obligación que le corresponde a la

Administración Pública por la celebración de un contrato de prestación de servicios ya que la razón de ser de estos es la de compensar económicamente el incumplimiento de las obligaciones de dar que le corresponden a cualquier persona, incluyendo a las de carácter público.

La contradicción de tesis 102/98 indica que el interés moratorio deriva del incumplimiento de la suma prestada e implica la aplicación de una sanción al deudor por la entrega tardía de lo que le correspondía entregar<sup>320</sup>.

Se detecta una segunda función del interés moratorio además del señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicado en el criterio anterior, la cual implica un restablecimiento del equilibrio financiero del concesionario que es afectado por el pago a destiempo de la concesionante; el cobro de moratorios puede resarcir el costo que se le generó por no contar con su pago en el momento en que lo esperaba ya sea porque a tenía que efectuar, a su vez, otros pagos que le causarán cargas económicas contractuales, o bien, porque de haber contado con el pago pudo haberlo invertido en otros proyectos que le generarían ganancias o simplemente porque pudo haber depositado en una institución financiera los recursos respectivos y así obtener réditos.

En caso de que el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos no prevea el establecimiento de intereses moratorios (recuérdese que el contrato es de adhesión, por lo cual es común que las entidades concesionantes omitan establecer cláusulas que les puedan generar cargas económicas), el cobro de éste tipo de interés se remitiría a la aplicación de la tasa legal señalada en el Código Civil federal o al Código de Comercio.

Una variable a la compensación económica que cobre el concesionario por el cobro de intereses moratorios es el establecimiento de una pena convencional a cargo de la entidad contratante que igualmente representa un mecanismo compensador del desequilibrio causado por el incumplimiento económico de la parte incumplida, cabe señalar que la estipulación de una pena convencional generalmente se establece en los contratos de concesión a cargo del concesionario por el incumplimiento total o parcial de sus obligaciones; sin embargo, es factible que estas se establezcan para ambas partes, en cuyo caso la concesionaria podría reclamar a su contraparte, además del pago de lo que le debe en lo principal, la cantidad que resulte de la pena convencional estipulada.

Un ejemplo de pena sanción económica a cargo del ente público concesionante se puede observar en lo señalado por el artículo 52 de la federal Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que indica que, en

---

<sup>320</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, página 236, Primera Sala, tesis 1a./J. 29/2000; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, página 237.

caso de incumplimiento de pagos de la dependencia pública respectiva esta deberá cubrir gastos financieros acorde un factor ligado a la tasa que indique la Ley de Ingresos de la Federación para el caso de prórroga del pago de créditos fiscales; éste cálculo de cargas financieras (o intereses moratorios) se calculará sobre las cantidades no pagadas desde la fecha de vencimiento del plazo pactado hasta en la que se realice el pago de manera efectiva.

#### IV.3.2.6 Cláusula de la vigencia.

La cláusula de la vigencia del contrato es relevante en cuanto a la certeza del tiempo durante el cual el concesionario prestará el servicio de modo que, en caso de que la entidad pública concesionante pretenda acortar dicho período, el concesionario debería tener la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso del plazo fijado o, en su caso, requerir la compensación económica que le corresponda por la interrupción de su prestación de servicios.

Al efectuar una retrospección al momento en que el particular decidió participar en una licitación con la intención de convertirse en concesionario de servicios públicos, debió haber presentado una propuesta económica a la licitante a fin de ser considerado en el concurso, pues bien, dicha proposición tuvo que sustentarse en diversos factores incluyendo el del plazo de vida de la concesión a fin de estimar sus corridas financieras considerando la forma en que distribuiría sus inversiones, costos y, finalmente, la obtención de utilidades por la realización de las labores contratadas.

Es factible que la concesión pueda ser prorrogada, en cuyo caso debe establecerse en el contrato los requerimientos, condiciones y plazos en los que esto puede darse.

#### IV.4 Análisis de Derecho comparado respecto al manejo del contrato de concesión.

Es ineludible la revisión de las experiencias que otros países han tenido respecto al manejo, conceptualización y quehacer jurisdiccional por lo que se procede a efectuar un análisis comparativo de sistemas y legislaciones en el presente apartado.

En opinión de Watson (citado por Morineau) el Derecho comparado facilita el entendimiento de la naturaleza del Derecho y su desenvolvimiento dado que al utilizar el método comparativo es factible aislar los factores que han dado pie a una innovación jurídica dentro de un grupo social determinado<sup>321</sup>, lo cual se estima

---

<sup>321</sup> Morineau, Marta. El derecho comparado. Localizable en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/5.pdf>. p. XXV.

de valía para el análisis de la figura jurídica de la concesión ya que, con el estudio que se efectúa, podrá determinarse la génesis de dicho contrato, la forma en que es entendida en otros sistemas legales y como se explica su trasplante y adaptación al sistema mexicano.

Son de utilidad los comentarios de García de Enterría y Fernández para contextualizar el análisis que se efectuará a continuación; estos autores identificaron la influencia del Derecho francés al Derecho español (que repercute consecuentemente en nuestro sistema legal latinoamericano) lo que ha provocado que, en lo que respecta a la teorización de la contratación administrativa, se haya circulado por “*rumbos singulares*” a diferencia de otros Derechos que han encuadrado de modo “*pacífico*” las contrataciones del Estado en las legislaciones comunes, es decir, del Derecho privado (civil y mercantil)<sup>322</sup>.

La solución aportada por la teoría y el Derecho francés le ha dado al campo de discusión de la naturaleza jurídica y tratamiento normativo de estos contratos una doble vía: por un lado los asigna a una jurisdicción ordinaria por otro, los envía al contencioso – administrativo cuando se trata de resolver una controversia derivada de ellos; debido a éste impacto, es conveniente efectuar una comparación sobre el manejo de esta figura en los sistemas legales de países que se consideran relevantes para la problemática de esta tesis.

#### IV.4.1 Francia.

Francia es la cuna de la teoría de los contratos administrativos ya que las primeras discusiones sobre su génesis (comentadas en el primer capítulo de la presente tesis) se suscitaron en dicho país.

Los criterios jurisprudenciales generados en esta nación muestran la evolución de la apreciación de los contratos administrativos.<sup>323</sup> El antecedente primigenio de su discusión surge a finales del siglo XIX como resultado de la Ley del 24 de mayo de 1872 que dio jurisdicción delegada al Consejo de Estado francés proponiendo terminar con el contencioso administrativo; esta norma recogía la doctrina predominante en aquellos tiempos respecto a la distinción de los contratos de la Administración Pública como “*actos de autoridad o de poder público*” (es decir, contratos administrativos) o “*actos de gestión*” (o contratos privados celebrados por un ente público). Esta teoría creada por Laferrière fue predominante hasta las primeras décadas del siglo XX cuando se lanzaron fuertes críticas<sup>324</sup> basadas en la rigidez de dicha división ya que cual excluía ciertos contratos celebrados por el gobierno de la jurisdicción de la justicia administrativa.

---

<sup>322</sup> Ob. cit. p. 689.

<sup>323</sup> Ob. cit. Pp. 17-19.

<sup>324</sup> Entre las cuales se encontraban las de Teissier y Duguit. Ob. cit. p. 18.

Influenciada por las críticas previamente indicadas, la jurisprudencia gala muda su criterio dominante hacia la sustracción del Derecho común de cualquier convenio que, a su juicio, tuviese una naturaleza propia de derecho público. El caso llamado “*arrêt Blanco*” del Tribunal de Conflictos francés reconsidera la naturaleza de los contratos al introducir el concepto de “servicio público”, acorde a lo cual, cualquier contrato que tuviese como finalidad la satisfacción o cobertura de un servicio público, debía ser catalogado como administrativo.

Un análisis de la teoría señalada en el párrafo anterior en el transcurso del siglo veinte hace concluir que el criterio del servicio público no necesariamente es aplicable para los casos en los cuales la administración tiene que actuar en condiciones de coordinación con los particulares y, por ende, debe acudir a las leyes y jurisdicciones del orden común. El entonces comisario de gobierno Romieu, señaló en la resolución del caso Terrier que podía darse el caso en el cual la administración, actuando como persona de Derecho público y aun en interés de la prestación de un servicio público, se coloque de manera voluntaria, bajo el esquema del Derecho privado ya que puede haber actos que interesen a la comunidad pero tengan la forma de la gestión privada y, por lo tanto, se surta una relación equivalente a la de un particular con otro particular; de tal modo que el Estado puede obligarse como sujeto de Derecho civil sometiéndose a las reglas del Derecho común.

Los antecedentes previos nos conducen a los criterios actuales dónde predomina la idea de que la regla general es la celebración de contratos administrativos por parte del Estado y la excepción la concertación de contratos privados puntualizando que la jurisprudencia francesa contemporánea no limita la noción de contrato administrativo a los contratos atribuidos por ley a la jurisdicción administrativa.

Si bien en Francia (al igual que en el resto de los países que siguen su cultura jurídico – administrativa) no existe un sistema unitario para determinar la calidad administrativa de un contrato, el principio que actualmente predomina es el de la determinación legislativa, es decir, que la atribución de dicha calidad dependerá de que la ley le fije al contencioso – administrativo (ya sea al Consejo de Estado o un tribunal de justicia administrativa) la competencia para que dicho acto jurídico sea considerado con tal calidad. No obstante lo anterior, cabe señalar que la jurisprudencia de éste país ha negado el carácter de regla absoluta a esta posición resolviendo en ocasiones que, a pesar de que la ley le atribuya tal categoría, no basta para que se califique irremediabilmente a un contrato como administrativo<sup>325</sup>.

En lo que respecta al Derecho positivo francés, Maurin considera que los elementos que caracterizan al contrato administrativo son: contar con un objetivo

---

<sup>325</sup> Nava Negrete, Alfonso (obra *Estudios Administrativos*) Ob. cit. P. 21.



de servicio público, tener un régimen exorbitante al derecho común y su finalidad es la satisfacción del interés público.

La concesión es conceptualizada por éste autor como una especie del contrato administrativo e indica que, a través de esta, la administración (pública), a la cual denomina “concedente” puede confiar la prestación de un servicio público a una persona pública o privada (concesionario) para que gestione dicho servicio público siendo esta remunerada con base en los usuarios del servicio.

Indica el precitado autor que el otorgamiento de concesiones se hace a través de una oferta de concurso mediante la cual una persona privada o pública<sup>326</sup>, a la que llama “oferente”, propone a una colectividad pública (los empresarios que aspiran a convertirse en concesionarios), que acepte las prestaciones para realizar un trabajo o una obra pública.

En cuanto a los criterios para determinar la administratividad de un contrato, refiere éste autor francés, que existen tres:

- a) *Por determinación de ley*: en éste caso el legislador o la autoridad reglamentaria dictan que, por la naturaleza del contrato, los litigios que surjan del mismo deberán ser sometidos a la jurisdicción administrativa. Si se sigue éste criterio, se encuentra una laguna en el Derecho francés dado que el contrato de concesión no se encuentra expresamente determinado como administrativo a diferencia de otros como las ventas privadas de inmuebles pertenecientes al dominio privado del Estado (Ley del 28 de enero-febrero año VIII), los contratos que conllevan ocupación del dominio público (decreto-ley del 17 de junio de 1938), los contratos relativos a la realización de obras públicas, etc.
- b) *Criterios jurisprudenciales*: la idea predominante en la interpretación normativa del poder judicial consiste en asignar la categoría de administrativo a un contrato que contenga un cometido de servicio público y/o cuente con cláusulas exorbitantes al derecho común. Entre los criterios relevantes más recientes se observa el de la decisión del conflicto identificado como *T. confl. Del 25 de marzo de 1996, Prefecto de la región Rhone-Alpes, prefecto del Rhon c/conseil de los prud'hombres de Lyon, AJDA 335, cr. J.H. Stahl y D. Chauvax, 399*, en el cual se determinó que todos los agentes del servicio público de carácter administrativo deben ser reputados como agentes públicos. El criterio de la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos es visible en la resolución identificada como *T. confl. Del 14 de noviembre de 1960, tres esp. Rec. CE*.

---

<sup>326</sup> No precisa el autor a que se refiere por persona pública, es decir, si se trata de una entidad de la Administración pública, lo cual no tendría sentido a la luz de la prestación de un servicio público ya que, en dado caso, no se trataría de una concesión sino de la prestación del servicio correspondiente por la dependencia a la que legalmente le corresponda, o si se trata de personas “públicas” en el sentido de que sean empresas que coticen en el mercado de valores.

866, que determinó que la presencia de una cláusula penal y una que prevé la resolución unilateral de un contrato le da a éste el carácter de administrativo aun y cuando no exista una relación directa con la prestación de un servicio público.

- c) *Criterios orgánicos*: más amplio pero a la vez más incierto resulta éste tercer criterio dado que estima que, en general, un contrato realizado por una persona pública será de carácter administrativo. Se prevé también la realización de actividades de personas privadas por “cuenta” de una persona pública, como en el caso del concesionario que presta servicios públicos. La jurisprudencia francesa ha establecido una excepción a ésta regla al indicar que no se considerará administrativo el contrato celebrado por un ente público si las relaciones creadas entre las partes son únicamente de derecho privado (*T. confl. Del 21 de marzo de 1983, Unión de Seguros de Paris, Rec.*)<sup>327</sup>.

De manera coincidente con lo anteriormente expresado, Serra señala que la jurisprudencia francesa ha expresado tres elementos fundamentales para estimar la existencia de un contrato administrativo: 1) debe participar un ente público; 2) debe tener como finalidad la satisfacción de un servicio público y 3) que por elección de la administración se sujete su conocimiento a un procedimiento de Derecho público por lo que la contraparte particular debe sujetarse al consecuente régimen jurisdiccional<sup>328</sup>.

En conclusión, observamos que aun en el país precursor del contrato administrativo dónde más doctrinarios se han pronunciado respecto a esta problemática, existe disenso respecto a la calidad administrativa de los contratos celebrados por la Administración Pública, en general, y los de concesión para la prestación de servicios públicos, en particular, lo cual sigue generando divergencias que dificultan la plena apreciación de dicha figura jurídica.

#### IV.4.2. España.

Las concesiones administrativas se encuentran contempladas en el artículo 128.2 de la Constitución de España, la cual las describe como la transferencia de facultades a un particular sobre recursos o actividades que se encontraban reservadas al sector público. Se especifica en éste artículo que determinados recursos o servicios esenciales pueden reservarse al sector público.

Las jurisprudencias STS de 11 de diciembre de 1998 y STS de 30 de noviembre de 1999 definen a la concesión como “la transferencia de facultades de la

---

<sup>327</sup> Ob. cit. Pp. 83-86.

<sup>328</sup> Ob. cit. pp. 640-641.

*Administración al administrado de una previa retención de poder en el sector público".*

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la reguladora de éste tipo de actos jurídicos; en esta regulación se observan las disposiciones que delinean los contratos públicos en general.

El artículo 5 de la norma jurídica precitada señala que los contratos celebrados por la Administración pública pueden ser administrativos o privados; se consideran administrativos a los contratos cuyo objeto sea (conjunta o separadamente) la ejecución de obras, la proveeduría de suministros, la gestión de servicios públicos y los de asistencia o de servicios.

Un concepto novedoso incluido en esta ley es el contenido en el artículo 6 que establece la figura de los contratos mixtos; sin embargo, esta figura no se refiere a la bivalencia que se propone en el presente estudio sino a la posibilidad de que concurren dos tipos de contratos administrativos en un mismo documento; la parte relevante de éste artículo, en lo que respecta a esta tesis, es la referente a la determinación de la regulación que les será aplicable siendo esta la que tenga una mayor importancia desde el punto de vista económico; éste método se ha considerado para la resolución del problema de la determinación jurisdiccional de una controversia surgida en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos; sin embargo, el mismo es inoperante ya que el contenido económico es recíproco, es decir, la parte administrativa implica la recepción de un servicio público contra el pago de una tarifa lo cual es correlativo con la parte privada del contrato donde el concesionario debe prestar el servicio concesionado a cambio del derecho a percibir un determinado pago.

Los artículos 7 y 9 de la norma jurídica en análisis arrojan disposiciones de relevancia para esta tesis ya que establecen el régimen jurídico de los contratos administrativos en España.

En el artículo 7 se indica que los contratos administrativos se rigen por el Derecho administrativo en lo que respecta a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, pero cabe la supletoriedad del Derecho privado, lo cual conduce a considerar que, si la jurisdicción administrativa no contempla una vía procesal por la cual el concesionario pueda reclamarle al ente público el cumplimiento de sus obligaciones, tendría abierta la vía judicial civil o mercantil.

Por su parte, el artículo 9 se refiere al régimen de los contratos privados que celebra la Administración pública; en estos casos se indica que lo aplicable son las normas del Derecho privado en lo que respecta a su preparación y adjudicación a falta de normas administrativas específicas. Cabe señalar que los contratos privados a que se refiere esta disposición son los que son celebrados en un nivel de coordinación con los particulares tales como la compraventa, el arrendamiento, la donación, permuta y demás análogos; en consecuencia, se indica que la

jurisdicción aplicable es la civil pero pueden ser “separables” los actos que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, remitibles al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

A pesar de que esta legislación otorga una visión más clara del tratamiento jurisdiccional de las controversias surgidas por el incumplimiento contractual de las concesiones, no dejan de presentarse lagunas conceptuales que hacen complejo el acceso a la tutela judicial efectiva para el concesionario.

Lo anterior es identificado por García de Enterría y Fernández quienes opinan que el régimen jurídico de los contratos administrativos no es unitario y puro sino variable y mixto ya que la legislación española admite la existencia de una diversidad de regímenes singulares que provocan interpretaciones tan diversas que, inclusive provocan posturas opuestas entre los criterios jurídicos emitidos tanto por los tribunales contencioso-administrativos como por los civiles, los dos con tendencia a ampliar sus ámbitos competenciales para atraer las controversias derivadas de los contratos administrativos<sup>329</sup>.

#### IV.4.3 Italia.

La regulación italiana conceptúa a la concesión como el acto administrativo mediante el cual la Administración pública concede al concesionario el uso de recursos o el ejercicio de una actividad reservada a los poderes públicos.

Es interesante observar como los italianos hablan de un acto administrativo y no de un contrato administrativo; sin embargo, como se verá a continuación, la concesión implica acuerdos contractuales en aquél país.

Al igual que en México, en Italia el término concesión es multívoco ya que se refiere a diferentes actos jurídicos, tales como la concesión para el uso y explotación de un bien público, la de obra pública y la de servicio público (aplicable para el suministro de energía eléctrica o gas).

Se reconoce en la ley italiana que, respecto al servicio público, la concesión está regulada por un contrato que tiene la doble finalidad de conceder y regular aspectos patrimoniales, lo cual implica un reconocimiento de los derechos del particular que actúa como concesionario.

Como país adherido a la Unión Europea, Italia reconoce la obligación de establecer las bases para la concurrencia y transparencia en los procedimientos de elección de los concesionarios.

A través de la concesión se constituye una relación entre la administración concedente y un concesionario al cual se le brinda el derecho de gestionar los

---

<sup>329</sup> Ob. cit. pp. 708-710.

servicios públicos correspondientes pero también se le fijan obligaciones para desempeñar las actividades correspondientes.

Una nota de particular interés para el presente estudio se observa en el reconocimiento de la legislación italiana respecto a la posibilidad de intervención del derecho privado en la relación con concesionarios al ser aplicables las reglas del “*codice civile*” respecto a las cláusulas contractuales tales como la excesiva onerosidad sobrevenida en el acto jurídico o en la resolución contractual<sup>330</sup>.

El sistema jurídico administrativo italiano cuenta con dos figuras que guardan similitudes con el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos mexicano, estas son la “*concessione*” y el “*appalto*”.

Los criterios jurisprudenciales de aquél país distingue dichos actos jurídicos del siguiente modo:

- En la “*concessione*”, el operador asume un riesgo económico derivado de la gestión de servicio recuperando su utilidad a través del cobro de las tarifas que se cargan a los usuarios, es decir, que en el sistema italiano se permite que el concesionario cobre de manera directa los derechos que se cobran a los receptores de los servicios públicos.
- En el “*appalto*”, el prestador de servicios recibe su contraprestación económica directamente del ente público que le otorgó la concesión, es decir, que la Administración pública debe destinar un presupuesto para cubrir los servicios que el particular ha prestado a la comunidad<sup>331</sup>, lo cual es la regla general en el sistema mexicano.

Como puede observarse, en Italia se hace hincapié en la retribución económica que el concesionario debe recibir por su prestación de servicios, lo cual deja en claro la existencia de un contenido privado del contrato que considera los derechos que le corresponden al particular que sustituye al Estado en la realización de un servicio público.

#### IV.4.4 Estados Unidos.

El sistema legal anglo sajón (“*Common Law*”), a diferencia de los provenientes del Derecho Romano (centralizado y formalista), cuenta con una estructura esencialmente diversa, esto es así debido a que los países que siguen dicha cultura jurídica cuentan con un proceso descentralizado donde la costumbre y los precedentes judiciales tienen predominancia.

---

<sup>330</sup> Enciclopedia Treccani. Localizable en: <http://www.treccani.it/enciclopedia/concessione-amministrativa/>

<sup>331</sup> Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682, cit.; id, V, 6 giugno 2011, n. 3377. Localizable en: [http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/opencms/\\_gazzetta\\_amministrativa/\\_permalink\\_news.html?resId=4c01ad13-e596-11e3-bc49-5b005dcc639c](http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/opencms/_gazzetta_amministrativa/_permalink_news.html?resId=4c01ad13-e596-11e3-bc49-5b005dcc639c)

Esta flexibilidad tiene implicaciones positivas y negativas; por un lado, se encuentra la posibilidad de crear ágilmente y de manera descentralizada instituciones jurídicas que facilitan la realización de transacciones necesarias para lidiar con realidades sociales cada vez más complejas pero, por lado negativo, dicha adaptabilidad se ve en ocasiones influenciada por la presión de la población sobre las cortes para que resuelvan conflictos persistentes en un momento determinado lo cual trae como resultado, a decir de Gil Díaz y Fernández, una constante variabilidad de criterios frente al rígido pero más consistente sistema legal de los países que cuentan con la tradición canónica –románica - germánica.<sup>332</sup>

Este pragmatismo sistémico trasciende a los contratos que celebra la Administración Pública y los particulares para el desempeño de un servicio u obra de interés colectivo donde se da prevalencia a las cuestiones económicas lo que consecuentemente genera un envío a la jurisdicción del Derecho privado cuando surgen disputas entre las partes que celebran dichos actos jurídicos.

La figura equivalente a la concesión en los Estados Unidos de América es el “*outsourcing government*”, a través del cual delega a particulares la realización de determinados servicios públicos tales como el suministro de agua, de energía eléctrica, de gas, limpia, recolección de residuos, transporte público, parquímetros, autopistas de cuota e inclusive la administración de pensiones de funcionarios públicos y la administración de prisiones, entre otros.

Los “*outsourcing government*” aplican a las obras y servicios públicos catalogados como “no competitivos”, es decir, que se otorgan en exclusiva a un determinado particular que no tendrá que competir con otro empresario.

Estos contratos implican usualmente la transferencia del control sobre el flujo monetario que generan los servicios correspondientes, es decir, que el empresario – concesionario asume los beneficios económicos que la prestación o administración del servicio o la explotación de la obra generen (aunque también toma el riesgo de tener pérdidas si el proyecto resulta no ser redituable) de tal modo que la Administración Pública evita efectuar las inversiones y erogaciones necesarias para llevar a cabo la función que corresponda.

La normativa estadounidense prohíbe que ciertas funciones gubernamentales torales sean sub contratadas, tales como las operaciones militares, la seguridad pública, los bomberos y el cobro de impuestos.

---

<sup>332</sup> Ob. cit. P. 10.

Las “*public – private partnerships*” o “PPP’s” (conocidas como Asociaciones Público Privadas en México) son también utilizadas en Estados Unidos para delegar la prestación de servicios públicos a los particulares.

En estos contratos de delegación de funciones a los empresarios se establece que, para la determinación de su desempeño y consecuente remuneración, deben tomarse en cuenta métricas de costos (que consideren la eficiencia en la prestación de los servicios a los usuarios), métricas de calidad y respecto a lo que se denomina “*good government metrics*” que toman en cuenta la accesibilidad a los discapacitados y otras personas con necesidades especiales, por ejemplo.

La norma denominada “*Freedom of Information Act governs public-private contracts*” establece una serie de requerimientos para que los entes gubernamentales puedan sub contratar servicios públicos dentro de los cuáles deben considerar la transparencia en la asignación de los contratos, la necesidad y conveniencia económica de delegar las funciones correspondientes, los requerimientos técnicos que deben satisfacer los proveedores de los servicios, los objetivos que se persiguen con la sub contratación, entre otros.

Como se indicó anteriormente, el sistema estadounidense es eminentemente pragmático dado que contempla primordialmente el beneficio económico que al gobierno le depara la sub contratación, ya desde el punto de vista de ahorro en los costos, por el aprovechamiento de tecnología del proveedor, por los derechos que el contratista le reporta o por la obra pública que efectúa el particular que, a la vez, asume los costos y riesgos<sup>333</sup>.

En lo que respecta al aspecto jurisdiccional de las controversias que surgen entre el gobierno y el particular con motivo de la celebración o ejecución de un “*outsourcing government contract*”, la Constitución federal de los Estados Unidos de América indica en el artículo III sección 2, indica que las cortes federales tienen competencia cuando se trate de litigios donde el gobierno sea parte (demandante o demandada) o cuando se trata de juicios basados en una ley federal<sup>334</sup>.

Como puede verse, el sistema norteamericano no se preocupa por determinar si la vía jurisdiccional correspondiente es la administrativa o la civil sino que remite a una corte federal que deberá resolver sobre la litis sin efectuar mayores consideraciones sobre la naturaleza jurídica del contrato origen de la controversia.

---

<sup>333</sup> Outsourcing law. Página electrónica [www.outsourcinglaw.com](http://www.outsourcinglaw.com). Artículo denominado “Government” localizable en: <http://www.outsourcing-law.com/services-outsourced/customer-care/government/>

<sup>334</sup> Campagna, Julie. *Broad Constitutional framework of the United States government*. Notas del curso “Orientation in the U.S. Legal System” impartido por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. 2013. P. 2.

#### IV.4.5 Alemania

El término genérico con el que se conoce a los convenios administrativos en Alemania es el de “*Verwaltungsvertrag*”, el cual se entiende como el acto jurídico por el cual se crea, modifica o se extingue una relación en el campo del Derecho público.

Maurer afirma que solamente pueden ser considerados como administrativos los convenios que sean celebrados por la Administración Pública y sean afines al Derecho administrativo.

Este doctrinario indica que existen distinciones entre los convenios de Derecho público y los de Derecho privado que celebra el Estado; sin embargo, ambos guardan aproximaciones mutuas y coincidencias ya que la figura del contrato se caracteriza por estructuras predefinidas que son comunes a todas las áreas del Derecho por lo que, aun los convenios administrativos, deben ser atendidos observando la teoría general del contrato, además, la legislación alemana trata al convenio jurídico – público, de manera genérica y fragmentada<sup>335</sup>.

Sigue indicando el autor referido que, la normativa de los convenios jurídico – privados de la administración, queda superpuesta y modificada por el Derecho público en lo que respecta a los derechos fundamentales y los principios generales de la Administración Pública; sin embargo, la influencia recíproca entre las normas públicas y privadas no deben generar confusión ya que los convenios administrativos y los privados tienen su propio ámbito de aplicación pero, acorde a la ley alemana vale lo pactado por las partes en el documento respectivo<sup>336</sup>.

Destaca el autor en cita que los convenios administrativos son instrumentos necesarios que legitiman la instrumentación de la regulación al posibilitar una organización flexible adaptable a casos atípicos que corresponde con un concepto moderno, democrático, de Estado de Derecho de la administración pública que ve al gobernado no como un mero subordinado sino como un sujeto autónomo de Derecho que puede constituirse como socio del gobierno (caso particularmente cierto en las concesiones para la prestación de servicios públicos) al permitirle, en la medida de lo posible, ser corresponsable de la gestión administrativa<sup>337</sup>.

Diversas leyes regulan la figura de los contratos administrativos en Alemania; sin embargo, la que efectúa el ordenamiento de las principales normas en esta materia es la “*Verwaltungsverfahrensgesetz*” (la cual abreviaremos como VwVfG en lo sucesivo) o Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la cual, en su artículo 54, señala que, en el ámbito de Derecho público, pueden celebrarse contratos mediante los cuales se hace participar a los particulares en la realización de funciones públicas, a los cuáles se denomina “convenios de cooperación”, lo

---

<sup>335</sup> Ob. cit. Pp. 364-365.

<sup>336</sup> Ob. cit. p. 366.

<sup>337</sup> Ob. cit. p. 378.



cual es un símil del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos mexicano.

El referido artículo 54 de la VwVfG indica que, la delimitación de un contrato atiende a diversos factores tal como el derecho de ejecución de la administración (la autotutela vista en el apartado de cláusulas exorbitantes) o atendiendo a la función del objeto del convenio si éste tiene una finalidad de carácter jurídico – público; sin embargo, como lo señala Maurer, en el sistema alemán también se presentan dificultades para efectuar la asignación de la naturaleza administrativa o privada a un contrato cuando se trata de lo él denomina “obligaciones neutrales”, es decir, cuando se trata del pago de una determinada cantidad de dinero entre las partes (como ocurre en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos), en cuyo caso, deberá atenderse al fin de la obligación y al carácter del convenio en conjunto<sup>338</sup>.

La VwVfG reconoce otra figura que denomina “*convenios de obligación y disposición*” los cuales son conducentes a la bilateralidad de los contratos celebrados entre la administración y los particulares dado que en ellos se establecen obligaciones mediante la cual una o ambas partes se obligan a determinadas prestaciones y, consecuentemente, su contraparte adquiere un derecho de cumplimiento de las obligaciones que asume.

Los alemanes resuelven el problema de los litigios surgidos en los actos jurídicos estudiados, a través de la jurisdicción administrativa, esto es así, ya que la VwVfG indica en su artículo 61 que la Administración Pública está facultada para exigir mediante un acto administrativo los derechos que le correspondan en un contrato administrativo, por el contrario, a los particulares, les corresponde presentar una demanda ante un tribunal contencioso administrativo si su contraparte se niega a cumplir con lo que le corresponde.

El artículo 40 de la ley en cita señala que la vía jurídico – administrativa se aplica no sólo a la pretensión para exigir el cumplimiento de un contrato administrativo sino también para demandar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual del gobierno; esto viene a resolver en Alemania la tutela judicial efectiva para los concesionarios; si bien, no se comparte que la vía contencioso administrativa sea la idónea para conocer de controversias derivadas de una obligación sinalagmática (es decir, de la parte de Derecho privado) en una concesión administrativa, al menos se reconoce una vía clara para que el particular pueda obtener una satisfacción jurídico – patrimonial cuando sus derechos han sido violentados.

Como comentario final a éste apartado se indica el rechazo de Maurer<sup>339</sup> a la idea de la división de los convenios administrativos en una parte jurídica – pública y

---

<sup>338</sup> Ob. cit. p. 368.

<sup>339</sup> Ob. cit. p. 368.

una jurídico – privada, es decir, la teoría de los contratos mixtos que es el antecedente de la teoría de la bivalencia de las concesiones que enarbola la presente tesis; cabe señalar que éste autor alemán no desarrolla su posición negativa ya que sólo refiere que ambos segmentos del contrato deberían tener una valoración diferenciada, lo cual, se estima, contradice esta negación y refuerza la posibilidad de una división para efectos de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva a los concesionarios.

#### IV.4.6 Argentina.

El sistema legal del contrato administrativo en general y de la concesión en particular, se ha visto afectado en Argentina, según lo indican Farrando y Correa, debido a la existencia de un gran número de decretos, reglamentos, resoluciones jurisdiccionales y administrativas que frecuentemente se contradicen o superponen lo cual le resta seguridad jurídica y permanencia al régimen de dichas figuras jurídicas<sup>340</sup>, lo cual genera la misma falta de certidumbre para los concesionarios que en México.

La afirmación de los señalados autores se basa en el estudio de diversos textos normativos tales como el Reglamento de adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios emitido por el poder ejecutivo mediante el decreto 436 del 30 de mayo del 2000 que reguló principios tales como la transparencia, la competitividad, la libre concurrencia, la celeridad, simplicidad y transparencia en los concursos públicos e incorporó modalidades nuevas de contratación administrativa; esta norma fue incorporada como reglamentación de la Ley de Contabilidad Pública y de la Ley de Administración Financiera del Estado; sin embargo, el decreto delegado 1023/2001 derogó los artículos 55 a 63 de la precitada Ley de Contabilidad; en esta disposición se obliga a todos los organismos públicos señalados en la Ley de Administración Financiera a adherirse al sistema de contrataciones lo cual, a decir de los tratadistas en cita, es inconstitucional ya que el poder ejecutivo, por vía reglamentaria deroga leyes y establece obligaciones que son competencia exclusiva del Congreso argentino. Mencionan también estos doctrinarios que el decreto referido remitió a la ley 24,156 con intención de incorporar a la totalidad de la Administración pública incluyendo a la centralizada, descentralizada, autárquica, autónoma así como a los sujetos públicos y privados que ejerzan funciones públicas (como lo son los concesionarios de servicios públicos), esta extensión se contrapone con lo

---

<sup>340</sup> Farrando, Ismael, Correa, José Luis. Capítulo denominado “Introducción. Régimen normativo de contrataciones del Estado”, incluido en la obra colectiva “Contratos Administrativos” coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2006. P. 36.

señalado en la ley 20,124, la Ley de Administración Financiera y Sistema de Control del Sector Público Nacional, la ley 13,653, la ley 19,550, entre otras<sup>341</sup>.

La utilización de la concesión en Argentina ha sido un tanto opuesta a lo ocurrido en México; en su ensayo denominado “*La naturaleza del servicio público*”, Albertsen señala que la tendencia hasta finales del siglo veinte fue la “privatización” de los servicios públicos, es decir, el otorgamiento de concesiones a personas de naturaleza privada para que estas las llevaran a cabo; sin embargo, en las últimas administraciones (Eduardo Duhalde, Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner) lejos de alentar el otorgamiento de concesiones, la tendencia ha sido retomar la prestación de las actividades que habían sido concesionadas decretando la caducidad de contratos que habían sido concesionados a particulares “*reestatizándolos*”, siendo el ejemplo más significativo el del transporte y distribución de la electricidad<sup>342</sup>.

En lo que respecta a la legislación, Albertsen indica que las dos opciones para el tratamiento de los servicios públicos en su país natal, son: a) La prestación de manera directa por el Estado y b) Su prestación a través de particulares mediante el otorgamiento de una concesión<sup>343</sup>.

El tema de la jurisdicción aplicable para los casos de controversias derivadas de un contrato de prestación de servicios públicos adolece de la misma ambigüedad que en nuestro sistema; Canda señala que los criterios de la Corte Suprema de su país respecto a la competencia del tribunal contencioso administrativo federal se decantan hacia un criterio material o uno subjetivo: en el material se asigna dicha competencia cuando los actos cuestionados tengan una naturaleza administrativa y el subjetivo se da si intervienen en el litigio entidades nacionales; sin embargo, destaca la existencia de opiniones jurisprudenciales encontradas como la señalada en la resolución CNCAF, Sala I, “Cooperativa de Vivienda CyC para el Desarrollo Ltda” del 28/9/2010, que definió que esta jurisdicción será aplicable cuando las normas y principios en juego sean de Derecho público aunque pudieren resultar aplicables reglas del Derecho común la cual se contrasta con la resolución CNCAF, Sala IV, “Domus SCA”, del 11/3/2010 donde se asume que la jurisdicción administrativa corresponde cuando una de las partes es la Administración Pública y, además, el litigio deriva de normas administrativas<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Ob. cit. pp. 21-24.

<sup>342</sup> Ob. cit. p. 188-189.

<sup>343</sup> Ob. Cit. p. 197.

<sup>344</sup> Canda, Fabián Omar. *La competencia Contencioso-Administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación*. Artículo contenido en la Revista Estudios de Derecho Público. Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. Diciembre de 2013. Pp. 563-564.

#### IV.4.7 Colombia.

El sistema colombiano es similar al mexicano dado que comparten las mismas raíces franco – españolas en sus legislaciones administrativas.

En éste país, el fundamento basal de la prestación de los servicios públicos se encuentra en el artículo 365 de su constitución federal el cual indica que estos pueden ser prestados de modo directo por el Estado, o a través de particulares, es decir, por medio del otorgamiento de concesiones.

La Corte constitucional colombiana ha señalado que la concesión de servicios públicos consiste en la autorización otorgada a un particular a fin de que éste lleve a cabo, de manera inmediata y permanente, la satisfacción de una necesidad colectiva que, en principio, le corresponde al Estado.

Acorde a lo anterior, el señalado tribunal, estima que la concesión es un acto complejo mediante el cual el concesionario se equipara a un agente público cuyas obligaciones se fijan por disposiciones reglamentarias pero cuyos derechos y obligaciones se establecen de manera contractual<sup>345</sup>.

El Consejo de Estado de Colombia también se ha pronunciado respecto al contrato de concesión de servicios públicos al señalar que, a través de éste, se encarga a una persona la realización de un servicio público durante un determinado período y bajo ciertas especificaciones reglamentarias a cambio de ser remunerado por los usuarios<sup>346</sup>.

Las resoluciones indicadas con anterioridad muestran que en Colombia predomina la bivalencia del contrato en estudio dado que reconoce la parte de Derecho público y la contractual o de Derecho privado.

En Colombia existe una ley federal denominada Ley 142 de 1994 que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios indicando que estos son los de limpia, alcantarillado, telefonía, gas y energía eléctrica.

En el artículo 10 de la precitada ley se indica que cualquier persona que se organice como prestadora de servicios públicos en su objeto social, podrá llevarlo a cabo previo otorgamiento de la concesión o autorización que corresponda.

La visión del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos en éste país latinoamericano coincide con la de esta tesis dado que se considera que dicho acto jurídico debe buscar la armonía y equilibrio entre el interés público (de la concesionante) con el interés privado (del concesionario), dado que sus

---

<sup>345</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-711 de 1996, Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Localizable en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-711-96.htm>

<sup>346</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C. 12 de abril de 2000, Consejero ponente: Luis Camilo Osorio Isaza. Radicación de expediente no. 1272.

principios de interés general y consecuente control estatal está coaligado a la utilidad económica para el prestador de servicios<sup>347</sup>.

#### IV.5 Conclusiones del capítulo.

Se ha expuesto de manera amplia en el presente trabajo la dificultad conceptual del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que redundo en la complejidad conceptual y normativa que representa un obstáculo formidable para el concesionario que pretende exigir el cumplimiento de los derechos que le corresponden lo que termina redundando en una falta de acceso a la justicia.

Se han analizado a profundidad las cláusulas que, tanto por disposición normativa como por necesidad práctica se incluyen en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos con lo cual se ha comprobado que existe una parte de Derecho público constituida principalmente por la presencia de cláusulas exorbitantes que salvaguardan la prestación continua, suficiente, eficiente y uniforme de los servicios públicos y una parte de Derecho privado que incluye los contenidos de la prestación de servicios con el reparto obligacionales recíproco entre las partes.

Asimismo se ha efectuado un análisis de la figura en estudio entre diversos sistemas con el fin de conocer como resuelven en otros países la problemática de la comprensión de la concesión y la tutela jurisdiccional efectiva para los concesionarios que ven incumplido el pacto contractual con su contraparte pública lo cual ha sido de utilidad para contemplar panoramas diversos que abonan a las ideas que se han estado vertiendo en esta tesis.

García de Enterría y Fernández señalan que el criterio “*particional*” de los contratos administrativos (aplicable a los de concesión) debería ser pragmático en el sentido de poder mantener la unidad jurisdiccional sobre toda la materia contractual en favor de la ordinaria (como ocurre en los países con cultural legal anglosajona) o bien, en favor de lo contencioso – administrativo (como ocurrió en el origen de la figura en el sistema español y como propugna una corriente doctrinaria) o bien, trazar una línea particional entre una y otra jurisdicción<sup>348</sup>, idea que se retoma para proponer la solución a través de la teoría de la bivalencia de los contratos de concesión administrativa para la prestación de servicios públicos que establece las bases para determinar la correcta naturaleza jurídica de dichos

---

<sup>347</sup> Bohórquez Zapata, Leonardo Andrés, Camacho Chaín, Mario Andrés. *El contrato de concesión*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Bogotá. 2002. Versión electrónica localizable en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS17.pdf>

actos jurídicos y establecer una base para distinguir las controversias que deben someterse a una jurisdicción administrativa o a una privada.

## Capítulo V.

### **Comprobación de la tesis a través de la revisión de procesos judiciales en los que se presenta la problemática de la tutela judicial efectiva relativa al acceso a la justicia para los concesionarios de servicios públicos.**

En éste último capítulo de la tesis se procederá a efectuar la comprobación de las hipótesis vertidas en el protocolo de investigación del presente trabajo a través de la correlación de los análisis vertidos en capítulos precedentes tales como la problemática conceptual de la concesión administrativa, la ponderación entre el interés público y los derechos de los concesionarios, la tutela judicial efectiva y las diferentes vías procesales para dirimir controversias entre los contratantes en una concesión para la prestación de servicios públicos.

Lo anterior se llevará a cabo a través de la confrontación de casos – muestra que presentan los elementos objetivos y subjetivos propios de las variables del tema materia del presente estudio, para lo cual se expone la siguiente metodología.

#### V.1 Metodología para la comprobación de las hipótesis.

La comprobación de las hipótesis planteadas se dará primordialmente a través de la aplicación del método cualitativo, el cual, siguiendo a Hernández Sampieri *et al*, se guía por temas significativos de investigación dónde el establecimiento de la hipótesis se da de forma previa a la recolección y análisis de datos y puede ajustarse durante la realización de la indagación, es decir, se realizarán acciones que serán dinámicas en ambos sentidos entre los hechos conocidos y su interpretación<sup>349</sup>.

En relación con la aplicación de lo cualitativo en el ámbito de la metodología jurídica, Villabella indica que éste tipo de investigación pretende un fin descriptivo y omnicomprensivo del fenómeno que estudia y se relaciona con el paradigma interpretativo y su finalidad es entender el objeto que estudia y evaluar las cualidades de éste; indica también que su propósito es resaltar las relaciones y motivaciones subyacentes, por lo que usa métodos que permiten la descripción y penetración de lo que estudia y muestras basadas en casos-tipo; reafirma éste autor que su finalidad es interpretar, comprender y destacar las cualidades de lo que analiza lo cual ha sido aplicado en los capítulos desarrollados hasta éste momento<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos, Baptista Lucio, Pilar. *Metodología de la investigación*. MacGraw Hill. México. 2010. P. 10.

<sup>350</sup> Villabella Armengol, Carlos Manuel. *La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades*. Artículo contenido en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C. Puebla. 2009. 16.

Se estiman relevantes las características y contenidos de la investigación cualitativa dado que la investigación que se realiza ha requerido una visión desmenuzadora de cada uno de los temas que comprende el objeto del estudio los cuáles son disímbolos y variados, por ello, la característica holística del tipo de investigación en estudio, es concordante con la revisión integral y exhaustiva de los temas a tratar.

La investigación cualitativa ha sido aplicable a esta tesis dado que se basa primordialmente en la revisión y análisis de documentales lo cual se ha efectuado a través del estudio de numerosa doctrina, textos normativos, criterios jurisprudenciales y, particularmente en éste último capítulo, el análisis de resoluciones judiciales atinentes a la problemática en estudio.

Gracias a los análisis de literatura relativa al tema investigado se ha conocido el “*state of art*” o “*estado de la cuestión*” respecto a la naturaleza jurídica de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos; esto, como lo llama Valles, ha posibilitado el adentrarse en el conocimiento documental de los precedentes de la temática correspondiente gracias a lo que éste autor denomina “*soundness*”, es decir, la certidumbre inspirada por las fuentes utilizadas<sup>351</sup>.

#### V.1.1 Reenvío a las hipótesis de la tesis.

Es necesario remitir a las hipótesis planteadas para la realización del presente producto de investigación, para lo cual se traen las consideraciones que al respecto fueron vertidas en el protocolo de investigación.

Como consecuencia de la práctica profesional del sustentante se ha observado de manera empírica la complejidad jurídica que enfrentan las personas que fungen como concesionarios de servicios públicos cuando se presenta la vicisitud de que el ente gubernamental con el cual contrató incumple con las contraprestaciones que les corresponden, eminentemente las del pago de los servicios respectivos; esto es así, debido a la multivocidad del concepto de concesión en nuestro sistema legal, a la multiplicidad de vías procesales a las que podría acceder el concesionario, a la existencia equívocos normativos, a los diversos y contradictorios criterios de los tribunales encargados de resolver éste tipo de controversias y a la heterogeneidad de las opiniones doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión administrativa.

A decir de Lara Sáenz, la hipótesis debe estar estructurada sobre el marco teórico existente y funciona como un presupuesto para explicar el problema, a lo cual se agrega la intuición del investigador, es decir, que no debe basarse en supuestos insuficientemente comprobados ni prejuicios ya que esto afectaría la capacidad de

---

<sup>351</sup> Valles, Miguel S. *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Editorial Síntesis, S.A. Madrid. 1999. p. 132.



verificación científica que traería como resultado información deformada de la realidad investigada; por esto debe tenerse en cuenta que, a mayor fundamentación teórica y empírica de la hipótesis, mayor solidez y contrastabilidad tendrá la misma lo cual se surte en el estudio que se presenta<sup>352</sup>.

Una vez establecido lo anterior, se allegan las hipótesis que han servido como guía a la presente tesis:

- 1) El particular que ha contratado con una entidad gubernamental no cuenta con un proceso jurisdiccional eficaz que le garantice una tutela judicial efectiva para exigir el cumplimiento de los derechos que le corresponden como consecuencia de un incumplimiento de su contraparte derivada de un pacto convencional efectuado en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales.
- 2) La inexistencia de un marco conceptual adecuado respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión incide negativamente en el acceso a la justicia para los concesionarios prestadores de servicios públicos municipales.
- 3) Los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales son bivalentes dado que presentan notas tanto de Derecho público como de Derecho privado por lo que su incumplimiento puede ser ejercido a través de vías distintas a la administrativa.
- 4) Las normas legales vigentes que regulan el contrato de concesión son imperfectas al estar planteadas de manera asistemática y dispersa lo cual genera una oscuridad conceptual que se traduce en la falta de tutela judicial efectiva para los concesionarios de servicios públicos que pretenden ser resarcidos de sus derechos pecuniarios.

Para el planteamiento de estas hipótesis seguimos los conceptos de Goode y Hatt en su libro *“Métodos de Investigación Social”* que señalan que las hipótesis son *“...consecuencia de la experiencia personal e idiosincrásica”*, lo cual es aplicable en esta tesis dado que la teorización que se ha realizado encuentra sustento en la práctica personal del exponente que ha conocido del tipo de controversias originadoras de dichas hipótesis<sup>353</sup>.

Las hipótesis planteadas son explicativas dado que expresan una conexión entre las variables vistas, es decir, la naturaleza jurídica de los contratos de concesión, el actuar de las entidades gubernamentales, el régimen de supra a subordinación

---

<sup>352</sup> Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de investigación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1991. P. 129.

<sup>353</sup> Goode, William J., Hatt, Paul K. *Métodos de investigación social*. Editorial Trillas. México. 1996. P. 87.

o de coordinación de los contratos administrativos, los derechos y obligaciones surgidos de un contrato de prestación de servicios públicos concesionados, el acceso a la justicia de los particulares ante la diversidad de vías procesales que se encuentran acotadas para exigir sus derechos cuando la entidad gubernamental les ha incumplido alguna contraprestación de Derecho privado, la falta de tutela judicial efectiva y la afectación a la libertad de comercio.

Siguiendo lo señalado por Miles, Huberman, Erlandson, Strauss y Corbin, las hipótesis que se plantearon presentan características del método cualitativo ya que a) Su fin es entender al objeto que estudia, comprender sus causas y motivaciones subyacentes; b) La relación con el objeto de la investigación es intimista, inmediata y dependiente dado que se procederá a revisar procesos legales y administrativos en los cuales se exponen las temáticas materia del presente trabajo; d) Se busca una perspectiva holística, es decir, que integre y armonice todos los elementos de la problemática analizada y e) Los datos implícitos en ellas son reales y ricos en matices<sup>354</sup>.

#### V.1.1.1 Comprobación de las hipótesis.

Se recurre a los principios señalados por Hernández Sampieri<sup>355</sup> *et al* para exponer la forma en que se efectúa la comprobación de las hipótesis de esta tesis, acorde a lo siguiente:

- *Debe referirse a una situación real.* Esto es aplicable al presente trabajo ya que se ha encargado de analizar la problemática surgida de una falta de tutela judicial efectiva que enfrentan los concesionarios de servicios públicos al pretender exigir sus derechos ante el sistema legal mexicano.
- *Tienen una función descriptiva y explicativa.* Se estima que las hipótesis planteadas describen adecuadamente el problema expuesto y explican la situación de falta de acceso a la justicia para los concesionarios de servicios públicos a los cuales se les han incumplido sus derechos.
- *Sirven para sugerir teorías.* Se estima que las hipótesis planteadas, más que probar teorías hechas (dado que no se han observado antecedentes doctrinarios que se hayan pronunciado directamente sobre el tema), sirven para sugerir nuevas teorías que coadyuvan a la garantía de acceso a la justicia para los concesionarios que pretendan hacer valer sus derechos de cobro frente a los entes gubernamentales deudores, lo cual será expuesto en la parte final de éste capítulo.

---

<sup>354</sup> Ob. cit. P. 17.

<sup>355</sup> Ob. cit. pp. 77-78.

Otro enfoque válido para corroborar la conveniencia de las hipótesis establecidas es el que señalado por Pájaro Huertas que considera las siguientes características:

1. No debe contener palabras ambiguas o indefinidas. Se estima que el lenguaje empleado en las hipótesis es directo y técnicamente adecuado a la temática en estudio.
2. Los términos generales o abstractos deben contar con referentes o correspondencias empíricas (es decir, hechos, objetos o fenómenos reales). Esto es aplicable al trabajo de investigación personal dada la existencia de precedentes judiciales derivados de la resolución de conflictos ocasionados por incumplimientos de entes gubernamentales respecto a las obligaciones originadas en contratos de concesión de servicios públicos.
3. No deben ser considerados los términos abstractos sin referentes empíricos. Como se ha mencionado con anterioridad, el tema elegido proviene de la observación empírica de reiterados casos que obstaculizan la posibilidad de los concesionarios para acceder a la exigencia de sus derechos de cobro derivados de la prestación de servicios públicos, lo cual sirve como referente para el planteamiento de los planteamientos hipotéticos.
4. Tampoco se consideran los términos valorativos por no comprobarse objetivamente.
5. Cuando sea posible, debe formularse en términos cuantitativos. Aunque no se contempla de manera directa en ninguna de las hipótesis dado que el estudio es eminentemente cualitativo es dable de ser comprobado por vías cuantitativas conforme a la exposición y análisis de la muestra de casos que se llevará a cabo en más adelante.
6. La forma sintáctica debe ser la de una proposición simple, es decir, no debe tener la forma de interrogante, prescripción o deseo. Se cumple cabalmente éste principio.
7. Deberá excluir tautologías, es decir, la repetición de una palabra o su equivalente en una frase. Se corrobora que ninguna de las hipótesis incurre en esta falla.
8. Debe evitarse el uso de disyunciones. Los planteamientos hipotéticos carecen de disyunciones.
9. Deberá considerarse el marco teórico, es decir, estar fundamentada en el conocimiento científico ya comprobado y tomarlo como punto de partida. Esto se

logra a través del análisis de las principales corrientes doctrinarias que fueron vertidas en capítulos anteriores.

10. Deberá ser doblemente pertinente: a).- en su referencia al fenómeno real de investigación y b).- en el apoyo teórico que la sostiene. La hipótesis alude a un fenómeno real revisado a la fecha de manera empírica pero se sostiene por la atención de asuntos observados directamente en la realidad y cuenta con el apoyo indicado en el marco teórico.

11. Deberá ser novedosa, es decir, referirse a aspectos de la realidad que no han sido investigados aún, ya que un objetivo de la actividad científica es la producción de nuevos conocimientos. Según se ha visto en los capítulos precedentes no existen estudios que analicen de manera directa la negación al acceso a la justicia desde la perspectiva de los concesionarios de servicios públicos que reclaman prestaciones económicas derivadas de un contrato administrativo<sup>356</sup>.

Una vez establecido lo anterior, se procede a concretar el estudio con el análisis de una muestra de casos tendiente a comprobar las hipótesis planteadas.

#### V.1.2 La muestra de casos

El universo de los litigios cuya litis es atingente a los planteamiento de la presente tesis es inabarcable debido a su cantidad y a la diversidad de tribunales que atienden las reclamaciones de esta índole; sin embargo, se estima que el grado de incertidumbre es aceptable dado que la diversidad de tipos de procesos, acciones y zonas geográficas de los juicios que se muestran, conforman un grado de confianza en lo que Gerring<sup>357</sup> llama la “*validez interna*” de la investigación y, consecuentemente se extrapola a una “*validez externa*”, es decir, a la generalización de una población mayor de casos.

Respecto a los precitados conceptos, Hernández Sampieri<sup>358</sup> et al, señalan que, para que una investigación pueda ser generalizable debe referirse a situaciones no experimentales y a sujetos lo más parecido posible al universo de los tipos que se pretende generalizar, lo cual se logra a través del análisis comprendido en el capítulo actual dado que todos los casos revisados se refieren a la problemática de los concesionarios de servicios públicos cuando pretenden exigir por la vía jurisdiccional los derechos sinalagmáticos que les corresponden como espejo de las obligaciones contractuales de su co contratante de Derecho público.

---

<sup>356</sup> Pájaro Huertas, David. *La formulación de hipótesis*. Artículo publicado en la revista Cinta de Moebio de la Universidad de Chile, núm. 15. Santiago de Chile. 2002. Pp. 6-7.

<sup>357</sup> Gerring, J. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Alianza Editorial. Madrid, España. 2012. Pp. 105-106

<sup>358</sup> Ob. cit. pp. 165,167.

La presente investigación puede ser catalogada como “*no experimental*” atendiendo a la idea de Hernández Sampieri *et al*, quienes señalan que, en éste tipo de investigación no se manipulan deliberadamente las variables, dicho de otro modo, no se provoca una variación intencional de ellas sino que se observan fenómenos tal y cómo se presentan en su contexto natural, para después analizarlos; Kerlinger la llama también investigación “*post-facto*” ya que en ella resulta imposible manipular las condiciones o estímulos de los sujetos en estudio. Para diferenciar los estudios “*post-facto*” de los meramente experimentales se indica que, en aquellos, no se construye ninguna situación sino que se observan situaciones pre existentes que no fueron alteradas o influenciadas por el investigador<sup>359</sup>.

En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, en el presente capítulo se recurre a la toma de una muestra de procesos jurisdiccionales donde se han litigado controversias en las cuáles se dirimió la naturaleza jurídica de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales que, si bien, puede parecer limitada en comparación con el universo de juicios existentes sobre esta materia, se estima que resulta suficientemente representativa para demostrar que, a lo largo del país, existe una falta de entendimiento jurisdiccional sobre la figura en estudio y, sobre todo, que existe una afectación a la tutela judicial efectiva para los concesionarios que repercute en lesiones al ejercicio de su libertad de comercio.

Es importante indicar que la muestra y, en general el objeto nodal del presente trabajo, se encuentran acotados a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos municipales dada la necesidad de restringir el universo del estudio incidiendo así en su asertividad.

Acorde a lo anterior, la muestra es del tipo “*no probabilístico*”, el cual, a decir de Hernández Sampieri *et al*<sup>360</sup>, implica que la elección hecha de los elementos y sujetos, no depende de la probabilidad sino de causas relacionadas con las características del investigador lo cual justifica que se trate de casos en los cuáles ha participado el tesista.

En otra perspectiva, la muestra no dependió de una fórmula de probabilidad sino del proceso de toma de decisiones para comprobar la tesis atendiendo los objetivos del estudio, del esquema de la investigación y del aporte pretendido con éste trabajo. Los metodólogos en cita señalan que las probabilísticas son muestras direccionadas ya que implican una selección informal y, hasta cierto punto, arbitraria; sin embargo, su utilidad es palpable cuando es seleccionada de manera cuidadosa y controlada para lo cual se observaron las características específicas de los elementos comprendidos en las hipótesis de éste trabajo.

---

<sup>359</sup> Ob. cit. p. 184.

<sup>360</sup> Ob. cit. pp. 207-208.

También indican los multicitados autores<sup>361</sup> que las muestras probabilísticas conforman una herramienta útil para la comprobación de las investigaciones cualitativas que tienen como fin la riqueza, profundidad y calidad de la información, no la cantidad ni la estandarización.

El criterio considerado para la elección de la muestra fue la delimitación de la unidad de análisis, es decir, los sujetos y procesos que se medirían para lo cual fueron seleccionados procesos jurisdiccionales que, si bien, tienen naturalezas diversas (amparos, juicios civiles, juicios de nulidad administrativa, etc.), tienen en común el objeto que los actores perseguían consistente en la exigencia del cumplimiento de los derechos bilaterales insertos en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que les corresponden.

No pasa desapercibido para el investigador la problemática de la representatividad de la muestra por dos razones primordiales: la primera podríamos denominarla “subjetiva” y la segunda “material”. La dificultad subjetiva se presenta dado que la población que podía ser materia de la misma es amplia y difusa, esto es así ya que pueden surgir litigios en cada contrato de concesión de prestación de servicios públicos celebrado en el país, lo cual imposibilita la toma de una muestra total; por otro lado, la dificultad material consiste en la barrera de acceso a la información de los tribunales ya que estos no ofrecen etiquetas en sus listas de expedientes que expresen los motivos originadores de los procesos como medio para identificar los litigios con la misma causa que los estudiados en el presente trabajo lo cual hace compleja su ubicación; adicional a lo anterior, existe un serio obstáculo procesal que consiste en la imposibilidad de acceder a los expedientes en los cuáles no se tiene acreditada personalidad o interés alguno.

La limitante precitada no es óbice para que la muestra ofrecida en éste capítulo sea válida y suficiente para comprobar las hipótesis vertidas en el presente trabajo dado que los litigios analizados tienen un común denominador en cuanto a las partes intervinientes, el motivo de los reclamos y la forma en que fueron resueltos (lo cual se reflejará en la matriz diseñada “*ad hoc*”), además, estos procesos fueron resueltos en diversas entidades del país; esta unidad de variables hacer ver la existencia de una cohesión que valida la selección hecha.

Otra perspectiva que debe considerarse respecto a la muestra de casos elegidos es que la posible desviación de la misma deriva de la imposibilidad de conocer el universo de litigios circunscritos a la problemática en estudio por lo que esta resulta aceptable ya que el margen de error es igual para cualquier otro investigador que efectuase una investigación similar.

El aspecto cualitativo primordial del trabajo de investigación consistirá en el análisis de datos derivados de procesos jurisdiccionales suscitados en diversas entidades de la república en los cuales se ha litigado la exigencia de derechos

---

<sup>361</sup> Ob. Cit. pp. 226-227.

bilaterales contra entidades gubernamentales promovidos por prestadores de servicios públicos concesionados; estos casos conformarán un muestreo que dará validez a las hipótesis sustentadoras de la presente tesis a través de la comprobación de la falta de soluciones jurídicamente satisfactorias que acrediten la tutela judicial efectiva del concesionario mediante el acceso a una justicia rápida y expedita que salvaguarde sus derechos.

## V.2 Comprobación de la tesis.

La exposición de los elementos vertidos en los capítulos precedentes se complementa con la exposición de los casos que se analizarán a continuación, para lo cual es necesario exponer la metodología con que estos han sido revisados.

### V.2.1 Metodología

Se mencionó anteriormente que la investigación que se ha llevado a cabo es del tipo “*no experimental*” o “*post-facto*”, ya que los casos que se muestran comprenden el análisis de sujetos (casos) que no fueron manipulados por el investigador sino observados en su contexto natural a fin de observar la incidencia de las variables implícitas en las hipótesis propuestas en éste trabajo; pues bien, en seguimiento a las propuestas de Hernández Sampieri *et al*<sup>362</sup>, los sub tipos de investigación aplicables resultan ser los de “*diseños transeccionales descriptivos*” y “*diseños transeccionales correlacionales*”.

Los referidos tipos de diseños son atingentes al estudio ya que, mientras los transeccionales descriptivos tienen como finalidad indagar sobre la incidencia y los valores que se manifiestan en una o más variables a través de la medición de un grupo de sujetos (casos) en relación con las variables en estudio para proporcionar su descripción; los correlacionales describen ligas entre dos o más variables (en éste caso la tutela judicial efectiva y la naturaleza del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos) ubicando relaciones de causalidad.

En atención a lo anterior, se ha desarrollado una metodología propia que conjuga tanto los diseños transeccionales descriptivos como los correlacionales inspirada en los diseños propuestos por Hernández Sampieri *et al*, así como por Alexy en su teoría de la ponderación, la cual se plantea del siguiente modo:

---

<sup>362</sup> Ob. cit. p. 187.

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
<b>Valorización</b>	¿Coinciden los sujetos de estudio con lo planteado en la tesis? Sí / No	¿Es consistente lo reclamado con la problemática planteada en la tesis? Sí/ No	- 0 a 15 días / Sin daño = 0 - 16 a 30 días / Daño medio = 1 - 31 a 60 días / Daño grave = 2 - más de 60 días / Daño excesivo = 3	- Menos de 12 meses / Sin daño = 0 - 12 a 24 meses / Daño leve = 1 - 25 a 32 meses / Daño medio = 2 - Más de 32 meses / Daño grave = 3	-Restitución de derechos / Sin Daño = 0 -Restitución de derechos en un período mayor a los 32 meses = 1 -Resolución para efectos / Daño leve = 1 -Desechamiento / Daño grave = 2 -Sin resolver después de transcurridos 24 meses o más = 2 - Sin resolver después de transcurridos más de 32 meses = 3 -Resolución negativa / Daño grave = 4	- Sí / Sin Daño = 0 - Sin resolver después de transcurridos 32 meses = 1 - No = 2	0 = Sin daño De 1 a 3 = Daño leve De 4 a 8 = Daño medio Más de 9 = Daño grave

La validez de la herramienta expuesta se justifica siguiendo los lineamientos indicados por Hernández Sampieri *et al*<sup>363</sup>, quienes indican que, para que un instrumento de medición sea confiable debe guardar observar tres tipos de evidencia: i) relacionada con el contenido; ii) relacionada con el criterio y iii) relacionada con el constructo; lo cual se confronta a continuación:

i) *Evidencia del instrumento de medición relacionada con el criterio*: acorde a éste factor, la validez de una herramienta de medición se obtiene al compararla con un criterio externo; es decir que, entre más se relacionen los resultados del instrumento con el criterio, su validez será mayor.

En el instrumento propuesto, se alcanza la validez relacionada con el criterio ya que, en las columnas 3 y 4 se analizan los tiempos que tomaron los casos analizados para ser admitidos a trámites en el tribunal jurisdiccional ante el cual se promovieron así como el período de la resolución final de cada uno de los procesos; con esto, se observará si estos fueron más cortos, iguales o más largos que los de un proceso análogo pero con distinta litis lo cual mostrará si los reclamos de obligaciones sinalagmáticas de concesionarios de servicios públicos están respaldados por una tutela judicial efectiva o bien, si los trámites jurisdiccionales que deben afrontar para hacer valer sus derechos son tan largos y farragosos que impiden el alcance de la tutela judicial efectiva.

<sup>363</sup> Ob. cit. pp. 234-238.



El resultado de lo anterior brinda una validez concurrente, es decir, que los resultados del instrumento se correlacionan con el criterio externo en un mismo punto en el tiempo, es decir, en un período de diez años a la fecha.

ii) *Evidencia relacionada con el criterio*: los autores en cita afirman que esta perspectiva es la más importante desde el punto de vista científico ya que se refiere al grado en que una medición se relaciona con otras concernientes a los constructos que se miden como parte de un esquema teórico.

Las variables establecidas en la presente tesis tienen dos vertientes principales que son abordadas en el instrumento de revisión: la primera se refiere al concepto multívoco de la naturaleza jurídica de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos y la segunda a la falta de tutela judicial efectiva de los concesionarios cuando pretenden ejercer sus derechos de naturaleza bilateral frente al ente público concesionante; estos dos elementos principales son contemplados en las columnas 6 y 7 del instrumento propuesto ya que en ellos se mide el resultado del litigio y la congruencia entre lo reclamado por el concesionario y la resolución del tribunal correspondiente.

iii) *Evidencia relacionada con el constructo*: se refiere al grado en que una medición está relacionada de manera consistente con las hipótesis teóricas concernientes a los conceptos - constructos que se evalúan; entendiendo que los constructos son variables medidas insertas dentro un esquema teórico.

Acorde a lo anterior, el instrumento de medición recogerá los análisis hechos de cada caso analizado dónde se cotejará el resultado jurisdiccional frente a las teorías del contrato administrativo a fin de ubicarlo en las corrientes tradicionales, las clásicas o las modernas y asignarle un valor medible.

Lo anterior servirá para establecer y correlacionar la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos y la variable consistente en la tutela judicial efectiva de los concesionarios de dichos contratos en el acceso a una jurisdicción de Derecho privado.

El estudio de los casos que se efectuará en el siguiente apartado conforma una metodología útil ya que se demostrará que existe un grupo de litigios en los que se comprueban correlaciones, relaciones causales y tendencias que impiden el pleno acceso a la tutela judicial efectiva de los concesionarios de servicios públicos.

Cómo corolario a la justificación de la metodología señalada anteriormente cabe señalar que la elección de los casos en estudio que forman la muestra elegida no se basa en meras especulaciones sino en opiniones informadas del investigador dada la experiencia directa en el manejo de dichos litigios.

### V.2.2 Análisis de la muestra de casos.

Como se mencionó anteriormente, la muestra de casos que se analizará a continuación está compuesta de procesos jurisdiccionales suscitados en diversas entidades de la república en los cuales el objeto de la acción lo es la exigencia de los derechos que le corresponde a los concesionarios de servicios públicos contra las entidades gubernamentales que los contrataron.

El objetivo de la observación que se pretende efectuar consiste en determinar si estos procesos ofrecieron a los concesionarios una solución jurídicamente satisfactoria que acredite la tutela judicial efectiva del concesionario mediante el acceso a una justicia rápida y expedita que salvaguarde sus derechos para comprobar las hipótesis planteadas en esta tesis.

Debe advertirse que la intención del presente apartado y, de la tesis en general, no es encontrar una solución técnica para la problemática de los concesionarios sino determinar si las diferentes opciones existentes en el sistema jurídico brindan un real acceso a la jurisdicción.

#### V.2.2.1 El caso Monterrey

##### Antecedentes del caso.

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslados de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

##### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Monterrey, N.L.

En atención a lo anterior podemos observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado encontramos al concesionario que es una sociedad mercantil y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Monterrey, N.L., por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover una demanda ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Nuevo León, mediante la cual solicitó la nulidad de la negativa ficta del pago por parte del municipio al no haber dado respuesta a la petición hecha.

Este proceso fue radicado por la Primera Sala Ordinaria bajo el número de expediente 673/2013.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada por la concesionaria el día 27 de agosto del año 2015 y admitida por la Sala Ordinaria del Tribunal de Justicia Administrativa de Nuevo León el día 22 de septiembre del mismo año, es decir, 26 días naturales después, lo cual, acorde a nuestra herramienta de medición en su cuadrante “T1”, generaría un riesgo medio (por estar en el rango de 16 a 30 días).

Es importante señalar que, derivado de un incidente promovido por la parte actora, en respuesta a la defensa del municipio en el sentido de que la petición de cobro fue hecha de manera extemporánea, se dictó sentencia interlocutoria que confirmó que la petición de cobro resultaba jurídicamente viable, por lo que no fue sino hasta el 8 de julio del 2016 que se dictó el acuerdo definitivo de admisión de demanda que sentó las bases del litigio, es decir que, entre la presentación de la demanda y la admisión de la misma, transcurrieron más de 60 días, esto es que, acorde a la calificación del cuadrante “T1”, el daño recibido por el concesionario es grave y debe asignarse el grado 3.

### Tiempo para la resolución final.

A la fecha de la redacción de esta tesis el asunto aún no ha sido resuelto; sin embargo, cabe señalar que, en la primera instancia el asunto fue originalmente sobreseído bajo una presunta extemporaneidad en la presentación de la demanda la cual fue revertida mediante la resolución del recurso de revisión promovido por la concesionaria que ordenó a la sala ordinaria el dictado de un nuevo auto de admisión y, consecuentemente, dejó sin efecto el mencionado sobreseimiento.

## Resultado

Si bien el juicio aún no ha sido resuelto, puede observarse que, entre la presentación de la demanda y el momento actual han transcurrido aproximadamente 28 meses quedando por delante la resolución de primera y segunda instancia ante el tribunal contencioso administrativo estatal más lo que tome el desahogo del amparo directo que promueva la parte que resulte inconforme, lo cual, hace concluir que el tiempo de resolución será superior a los 32 meses, por lo que el apartado “T2” debe calificarse como de daño grave asignándole un valor de 3.

## Congruencia jurídica del proceso

En cuanto a la congruencia jurídica se considera que, si bien aún no se ha resuelto en definitiva el asunto, la resolución dictada originalmente en primera instancia no es atinente a la petición del concesionario ya que se centró en una cuestión de forma al haberse dictado un sobreseimiento que, si bien fue revocado posteriormente, muestra una falta de tutela judicial efectiva para el concesionario dado que no ha obtenido una respuesta jurisdiccional que le reintegre los derechos económicos que le corresponden por la prestación de los servicios concesionados que ha efectuado.

## Cuadro conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Sí	Daño grave = 3	- Más de 32 meses / Daño grave = 3	- Sin resolver después de transcurridos más de 24 meses = 2	- No = 2	<b>10</b>

## Conclusión

La suma de los valores analizados es 10, por lo que, acorde a los parámetros preestablecidos, la conclusión es que, en éste caso, el concesionario ha sufrido un daño grave respecto a la reintegración de sus derechos, lo cual muestra un serio impedimento para acceder a la tutela jurisdiccional efectiva.

### V.2.2.2 El caso Cuernavaca

#### Antecedentes del caso.

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslados de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

#### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Cuernavaca, Morelos

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Cuernavaca, Morelos, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

#### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario civil en contra del referido municipio en la cual le exigió el cumplimiento forzoso del contrato de concesión; el pago de las facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio concesionado por diversos períodos y el pago de los daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado Tercero de lo Civil competente en el municipio de Cuernavaca, Morelos, el cual radicó el expediente bajo el número S/N10-2.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el supuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el 16 de diciembre del 2010; sin embargo, el juez a cargo del caso se declaró incompetente dado que estimó que, por ser el documento base de la acción un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, a quien le correspondía conocer del asunto era a un tribunal administrativo.

A fin de revertir lo anterior, fue necesario promover un recurso de queja contra el auto que desechó la demanda, el cual, después de ser desahogado ante la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, se ordenó, mediante auto de fecha 12 de mayo del año 2011, admitir la demanda.

Con lo anterior se concluye que la admisión de la demanda tomó alrededor de cinco meses, es decir, más de 60 días que, acorde a los parámetros señalados en la herramienta metodológica, se determina un daño grave para el concesionario debiendo asignarse en el cuadrante “T” un valor de 3.

### Tiempo para la resolución final.

La sentencia de primera instancia fue dictada el 13 de octubre de 2014 admitiendo de manera parcial la procedencia de las prestaciones reclamadas por el concesionario, por lo cual se promovió apelación contra dicha sentencia, instancia que fue resuelta mediante resolución fechada el 20 de abril del año 2015.

Contra la sentencia de apelación el municipio promovió amparo directo el cual fue resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito quien le negó el amparo y protección de la justicia federal el día 29 de octubre de 2015; la demandada aún intentó controvertir esta resolución mediante la interposición de Recursos de Revisión a ser tramitado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de los Amparos Directos en Revisión números 54/2016 y 63/2016, mismos que fueron desechados por el Presidente de la Corte al advertir que no se plantearon conceptos de violación sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de una norma de carácter general o, la interpretación de algún precepto constitucional o tratado internacional.

En virtud de lo anterior, quedó expedito el derecho de la empresa para promover las cuestiones inherentes al cumplimiento forzoso de la sentencia definitiva hasta el mes de agosto del año 2017, es decir, que, entre la presentación de la demanda y la fecha en que fue posible iniciar la ejecución de la sentencia favorable mediaron aproximadamente 6 años y medio, conforme a lo cual, se asigna en el cuadrante “T2” el valor 3 representativo de un daño grave para el concesionario dado el prolongado tiempo que tomó el desahogo del proceso jurisdiccional.

## Resultado

La resolución jurisdiccional fue finalmente favorable al concesionario en el sentido de que se ordenó la restitución de la prestación de los servicios concesionados y el pago de las facturas adeudadas así como de los daños y perjuicios que se le generen; sin embargo, la sentencia firme demoró más de 32 meses, por lo cual se asigna una valorización de 1 al cuadrante “R”.

## Congruencia jurídica del proceso

No obstante el resultado favorable al concesionario del juicio que terminó ordenando al municipio la restitución del servicio público concesionado y el pago de lo adeudado, se ha presentado una problemática adicional consistente en la imposibilidad del concesionario de ejecutar la sentencia dada la interposición de un amparo indirecto por parte del municipio alegando la inconstitucionalidad del embargo de bienes de su propiedad dado que los artículos 4, 15, 53 y 76 de la Ley General de Bienes del Estado de Morelos señala que los bienes de dominio público propiedad de los municipios son inalienables e imprescriptibles y los de dominio privado inembargables, lo cual presenta una clara incongruencia desde el punto de vista de los derechos del concesionario el cual, no obstante haber desahogado un largo y tortuoso proceso jurisdiccional para alcanzar una resolución que ordene la restitución de sus derechos patrimoniales ahora se le presenta un muro jurídico que hace nugatoria la posibilidad de una expedita ejecución de bienes de su contraparte que le posibiliten recuperar el menoscabo económico que ha sufrido.

En atención a lo anterior, se considera que el proceso, en su etapa de ejecución, es jurídicamente incongruente y, por lo tanto, se asigna al cuadrante “CJ” un valor de 2.

Como nota adicional que revela otra faceta de la complejidad de acceso a la justicia para el concesionario se encuentra en la imposibilidad del concesionario de hacer efectiva la restitución de la operación de los servicios públicos no obstante contar una sentencia firme que ordenó al municipio cumplir con esa parte de la sentencia. La estrategia del municipio fue emitir un acuerdo de Cabildo mediante el cual ordenó la “caducidad” de la concesión, es decir que, de modo unilateral canceló los derechos del concesionario con el objetivo de impedir que el juez civil procediera de modo coercitivo a restituirle la operación a su contraparte.

### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervenien- tes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de deman- da (T1)	Tiempo para la resolu- ción final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valoriza- ción total de afectación al concesio- nario
Valoriza- ción	Sí	Si	3	3	1	2	9

### Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 9, lo cual corresponde a un daño grave para el concesionario.

Resulta revelador el resultado valorativo de éste proceso en el cual, si bien el concesionario obtuvo una resolución judicial declarando la procedencia de sus pretensiones, el desmedido tiempo que tomó la obtención de dicha declaración así como la imposibilidad de ejecutarla han ocasionado un menoscabo económico tal al particular que le representa un daño grave.

#### V.2.2.3 El caso Apizaco

##### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslados de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

##### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Apizaco, Tlaxcala.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Apizaco, Tlaxcala, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.



### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario civil en contra del referido municipio en la cual le exigió el cumplimiento forzoso del contrato de concesión; el pago de las facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio concesionado por diversos períodos y el pago de daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado Primero de lo Civil competente en el Distrito de Cuahutémoc, Estado de Tlaxcala, el cual radicó el expediente bajo el número 58/2014.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el día 31 de enero de 2014; sin embargo, el juez de la causa desechó la demanda al declararse incompetente bajo el argumento de que el contrato de concesión es de naturaleza administrativa al haber sido signado por representantes del municipio de Apizaco, Tlaxcala, por lo que obligaron a éste ente en su calidad de sujeto de Derecho público, siendo competente para conocer de la controversia, un tribunal administrativo.

Debido a lo anterior, la parte actora se vio en la necesidad de promover recurso de queja contra el mencionado desechamiento del cual conoció la Sala Civil-Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala que confirmó el criterio del juez civil.

Ante la confirmación del desechamiento el concesionario se vio precisado a promover amparo directo el cual fue admitido por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Octavo Circuito, el cual, en síntesis, declaró que el juzgado civil resultaba competente utilizando el criterio que considera que el contrato de concesión es de naturaleza mixta y, por lo tanto, las cuestiones relacionadas con el pago al concesionario por los servicios públicos prestados, debían ser tratadas en la vía civil.

La resolución del amparo se dio el 20 de agosto del 2015 por lo que, la posibilidad de iniciar el trámite procesal para el concesionario se dio aproximadamente 18 meses después de la presentación de la demanda, lo cual resulta en una valorización de 3 en el cuadrante “T1” por haber excedido de 60 días el trámite para admitir la demanda.

### Tiempo para la resolución final.

El juicio no ha sido resuelto en primera instancia, por lo que aún no existe una resolución final; sin embargo, debe hacerse notar que la demanda fue presentada desde el mes de enero de 2014 lo cual indica que han transcurrido más de 32 meses de trámite jurisdiccional, lo cual implica que el concesionario ya ha sido afectado de manera grave en su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 3 en el cuadrante “T2”.

### Resultado

Cómo se mencionó en el apartado anterior, el juicio se encuentra pendiente de ser resuelto en primera instancia; sin embargo, han transcurridos más de 32 meses desde la promoción del escrito inicial de demanda, lo cual califica la falta de acceso a la tutela judicial efectiva como grave asignándosele un valor 3 al cuadrante “R”.

### Congruencia jurídica del proceso

Al cuadrante “CJ” se asigna un valor de 1 ya que han transcurrido más de 32 meses sin que exista una resolución de fondo al proceso.

### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Si	3	3	3	1	10

### Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 10, lo cual indica que se ha registrado un daño grave para el concesionario en relación con la consecución de la restitución de sus derechos patrimoniales.

Al igual que en el “*Caso Cuernavaca*”, aquí se pudo comprobar la errónea apreciación del juez de primera instancia al desechar la demanda por incompetencia considerando que las controversias surgidas de un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos son automáticamente de índole administrativa; por ésta causa, fue necesario recurrir a recursos ordinarios e, inclusive, al juicio de amparo para que el concesionario pudiese tener acceso a la jurisdicción civil, lo cual genera un impacto considerable a su patrimonio ante el

desmedido tiempo que ha requerido la admisión de su demanda a lo cual debe adicionarse el transcurso del resto de las etapas lo cual repercutirá en la extemporánea restitución de lo que se le adeuda y esto sólo en caso de que la resolución final tenga congruencia jurídica.

#### V.2.2.4 El caso Acapulco.

##### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de prestación servicios públicos para la recolección y traslados de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

##### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Acapulco, Guerrero.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Acapulco, Guerrero, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

##### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario mercantil en contra del referido municipio en la cual fueron exigidas diversas prestaciones tales como: a) la declaración judicial de una relación mercantil entre el prestador de servicios y el municipio derivado de la prestación de servicios y la expedición de facturas; b) pago de facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio público; c) pago de intereses legales por la falta de pago oportuno de las facturas; d) pago de daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado Sexto en materia Civil del Distrito de Tabares en el Estado de Guerrero, el cual radicó el expediente bajo el número 230/2013-I.

Cómo puede observarse, en éste caso la parte actora optó por una estrategia alternativa a la de los casos anteriores al intentar buscar la mercantilidad del contrato al considerar que una de las partes (el prestador de servicios) es un comerciante ejerciendo la actividad que le es propia (elemento subjetivo), que la prestación de servicios tiene un carácter mercantil dado que se efectúa con afán de lucro y que se documentó en facturas (elemento objetivo).

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo de un particular que ha asumido la prestación de un servicio público por delegación de la administración pública el cual reclama la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental y a favor del empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

#### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el día 9 de abril del año 2013; sin embargo, la parte demandada opuso la excepción de incompetencia en su contestación de demanda afirmando que, por ser un ente público, quien debía asumir la jurisdicción un tribunal administrativo. Esta excepción fue aceptada por el juez de la causa quien se declaró incompetente.

Debido a lo anterior, la parte actora se vio en la necesidad de promover recurso de apelación contra la referida incompetencia del cual conoció la Primera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guerrero que confirmó el criterio del juez civil.

Ante la continuidad de la declaración de incompetencia, el juez civil remitió los autos del expediente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guerrero dónde fue radicado por su Primera Sala Regional sita en Acapulco bajo el número de expediente TCA/SRA/I/473/2015.

La admisión de la demanda por parte del tribunal administrativo fue también combatida vía amparo indirecto por el prestador de servicios el cual fue tramitado por el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado Guerrero bajo el número de amparo 203/2016 en el cual se le concedió la protección de la justicia federal, ordenando a la Primera Sala Civil se dictara una nueva sentencia dónde admitiera la competencia del juez civil para conocer de la controversia la cual dio cumplimiento a lo ordenado mediante resolución fechada el 28 de septiembre del año 2016 misma que reenvió la instrucción al juez sexto civil del Estado quien dictó auto admisorio el 16 de enero del año 2017 asumiendo por fin la competencia para conocer de la controversia en cuestión.

Acorde lo anterior, transcurrieron casi cuatro años entre la presentación de la demanda y su admisión, por lo cual se considera que se causó un daño excesivo al prestador de servicios en su búsqueda de una tutela judicial efectiva correspondiendo asignarle un valor de 3 al cuadrante “T1”.

#### Tiempo para la resolución final.

El juicio no ha sido resuelto en primera instancia, por lo que aún no existe una resolución final; sin embargo, debe hacerse notar que la demanda fue presentada desde el mes de abril del año 2013 lo que indica que han transcurrido más de 32 meses de trámite jurisdiccional, lo cual implica que el concesionario ya ha sido afectado de manera grave en su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 3 en el cuadrante “T2”.

#### Resultado

Cómo se mencionó en el apartado anterior, el juicio se encuentra pendiente de ser resuelto en primera instancia; sin embargo, han transcurridos más de 32 meses desde la promoción del escrito inicial de demanda, lo cual califica la falta de acceso a la tutela judicial efectiva como grave asignándosele un valor 3 al cuadrante “R”.

#### Congruencia jurídica del proceso

Al cuadrante “CJ” se asigna un valor de 1 ya que han transcurrido más de 32 meses sin que exista una resolución de fondo al proceso.

#### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Si	3	3	3	1	10

## Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 10, lo cual indica que se ha registrado un daño grave para el concesionario en relación con la consecución de la restitución de sus derechos patrimoniales.

Se pudo comprobar en el análisis del presente caso la errónea apreciación tanto en primera instancia como en segunda instancia de desechar la demanda por incompetencia considerando que las controversias surgidas de un contrato donde interviene un ente público son necesariamente de índole administrativa; por ésta causa, fue necesario recurrir a recursos ordinarios e, inclusive, al juicio de amparo para que el concesionario pudiese tener acceso a la jurisdicción, lo que genera un impacto considerable a su patrimonio ante el desmedido tiempo que ha requerido la admisión de su demanda a lo cual debe adicionarse el transcurso del resto de las etapas lo cual repercutirá en la extemporánea restitución de lo que se le adeuda y esto sólo en caso de que la resolución final tenga congruencia jurídica.

### V.2.2.5 El caso Acuña.

#### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación servicios públicos para la recolección y traslados de residuos en el municipio de Acuña, Coahuila.

Ante el temor de que el municipio rescindiera de manera unilateral y sin causa justificada la concesión, el concesionario promovió juicio de amparo indirecto para prevenir un acto carente de fundamentación y motivación.

#### Sujetos intervinientes.

La promovente del amparo lo fue la concesionaria de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Ciudad Acuña, Coahuila.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Ciudad, Acuña, Coahuila, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

### Objeto reclamado.

Tanto la vía como el objeto reclamado en éste caso son distintos al resto de la muestra recolectada en el presente capítulo dado que no se trata de una demanda de exigibilidad de cumplimiento de obligaciones hacia la concesionante sino un amparo promovido por la concesionaria ante el temor de que la priven de los derechos que le corresponden por la ejecución del contrato de concesión.

Si bien, el objeto reclamado no es directamente coincidente con el planteamiento de la falta de acceso de justicia para la reivindicación de derechos sinalagmáticos del empresario – concesionario, se considera que resulta ejemplar dado que muestra otra faceta de las barreras para la tutela judicial efectiva derivada del criterio equívoco del juzgador respecto a la naturaleza del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos cómo se verá más adelante.

El juicio de amparo fue recibido por el Juez Tercero en el Estado de Coahuila con residencia en Piedras Negras, Coahuila, el cual radicó el expediente bajo el número 419/2015.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada no es coincidente pero si congruente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que, si bien no se trata de un reclamo de un particular que ha asumido la prestación de un servicio público por delegación de la administración pública el cual reclama la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental y a favor del empresario que prestó un servicio público concesionado, si afecta en su esfera de derechos jurisdiccionales; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es negativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el 19 de mayo del año 2015; sin embargo, el juez de distrito, mediante resolución de fecha 20 de mayo de dicho año desechó la demanda aduciendo, principalmente, que las actuaciones derivadas de un contrato de concesión no pueden ser catalogadas como un acto de autoridad debido a que la comparecencia de un ente público, como parte en el contrato, no le da un carácter administrativo a dicho acto jurídico; esta afirmación del juzgador se basó en el razonamiento de que el municipio se obligó en un plano de igualdad frente al concesionario pues se obligó al cumplimiento de determinados actos e igualmente asumió diversas obligaciones por lo que, en su caso, la resolución de disputas relacionadas con éste tipo de contratos, corresponden a la jurisdicción civil.

Debido a lo anterior, la parte actora se vio en la necesidad de promover recurso de queja contra el desechamiento del cual conoció el Tribunal Colegiado en materias Administrativa y Civil del Octavo Circuito mismo que, mediante resolución fechada

el 3 de junio del año 2015, revocó el desechamiento y ordenó al juez de distrito admitir la demanda, lo cual aconteció el 25 de septiembre de 2015.

Acorde lo anterior, transcurrieron más de 60 días entre la presentación de la demanda y su admisión, por lo cual se considera que se causó un daño excesivo al prestador de servicios en su búsqueda de una tutela judicial efectiva correspondiendo asignarle un valor de 3 al cuadrante “T1”.

#### Tiempo para la resolución final.

El amparo no llegó a su resolución final ya que el concesionario se desistió del mismo por así convenir así a sus intereses por lo que, a éste respecto, no hubo afectación a su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 0 en el cuadrante “T2”.

#### Resultado

Si bien el quejoso tuvo una demora considerable para que se le admitiera su demanda, su desistimiento anula la determinación de una afectación a su derecho al acceso a la jurisdicción por lo que se fija un valor 0 al cuadrante “R”.

#### Congruencia jurídica del proceso

Al igual que en el apartado anterior, al cuadrante “CJ” se asigna un valor de 0 ya que el concesionario no tuvo una afectación a su tutela judicial efectiva acorde a los parámetros determinados en la herramienta utilizada con el objeto de parametrizar los casos en estudio.

#### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	No	3	0	0	0	3

#### Conclusión

La asignación de valor total al presente caso fue de 3, lo cual, acorde al criterio de calificación contenido en la herramienta metodológica diseñada al efecto indica que la afectación al concesionario fue leve.



No obstante que el daño causado al concesionario en su acceso a la tutela judicial efectiva haya sido leve, se considera que el presente caso es relevante para las conclusiones de la presente tesis ya que se observó un criterio discordante por parte del juez de distrito que calificó al contrato de concesión para la prestación de servicios públicos como un contrato de “colaboración” al haberse colocado el municipio en un plano de igualdad con el particular despojando así al acto jurídico del carácter administrativo.

#### V.2.2.6 El caso Mexicali.

##### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslado de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

##### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Mexicali, Baja California.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Mexicali, Baja California, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

##### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario civil en contra del referido municipio en la cual le exigió el cumplimiento forzoso del contrato de concesión; el pago de las facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio concesionado por diversos períodos, el pago de intereses moratorios y el pago de daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado Quinto de lo Civil del Partido Judicial de Mexicali, Baja California, el cual radicó el expediente bajo el número 1148/2015.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

#### Tiempo para la admisión de la demanda.

El día 13 de enero del año 2015 se tuvo a la concesionaria por interponiendo su demanda; sin embargo, el juez de la causa resolvió desechar la misma razonando que la vía correcta lo era la ordinaria mercantil dado que se surtían los supuestos del artículo 75 del Código de Comercio en cuanto a que la prestación de servicios contenida en la concesión era prestada por un comerciante y, por lo tanto se estaba ante la presencia de un acto de comercio al reunirse los criterios de lucro, especulación, calidad de quienes suscribieron el acto y la naturaleza del mismo.

Debido a lo anterior, la parte actora se vio en la necesidad de promover recurso de queja contra el mencionado desechamiento del cual conoció la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California que consideró procedente dicho recurso mediante resolución del 10 de junio del año 2016 y ordenó revocar el desechamiento del juez civil a fin de que éste asumiera jurisdicción.

La posibilidad de iniciar el trámite procesal para el concesionario se dio aproximadamente 15 meses después de la presentación de la demanda, lo cual resulta en una valorización de 3 en el cuadrante “T1” por haber excedido de 60 días el trámite para admitir la demanda.

Cómo nota final a éste apartado cabe señalar que, una vez que el juez civil asumió la jurisdicción del litigio por la vía ordinaria civil, el municipio, en su contestación de demanda promovió un incidente de incompetencia por declinatoria afirmando que la competencia para conocer del litigio debía ser asumida por un tribunal de lo contencioso administrativo por derivar de un contrato de concesión, el cual si bien fue desestimado, fue necesario litigar hasta la revisión en tribunal colegiado para confirmar la procedencia de la vía civil lo cual afectó sobremanera la expedites del proceso.

#### Tiempo para la resolución final.

El juicio no ha sido resuelto en primera instancia, por lo que aún no existe una resolución final; sin embargo, debe hacerse notar que la demanda fue presentada

desde el mes de enero de 2015 lo que indica que han transcurrido más de 32 meses de trámite jurisdiccional, lo cual implica que el concesionario ya ha sido afectado de manera grave en su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 3 en el cuadrante “T2”.

### Resultado

Cómo se mencionó en el apartado anterior, el juicio se encuentra pendiente de ser resuelto en primera instancia; sin embargo, han transcurridos más de 32 meses desde la promoción del escrito inicial de demanda, lo cual califica la falta de acceso a la tutela judicial efectiva como grave asignándosele un valor 3 al cuadrante “R”.

### Congruencia jurídica del proceso

Al cuadrante “CJ” se asigna un valor de 1 ya que ha transcurrido un período superior a 32 meses sin que exista una resolución de fondo al proceso.

### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Si	3	3	3	1	10

### Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 10, lo cual indica que se ha registrado un daño grave para el concesionario en relación con la consecución de la restitución de sus derechos patrimoniales.

En éste caso se observó un nuevo ejemplo de la multivocidad respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que el juez de primera instancia declaró originalmente la improcedencia de un juicio ordinario civil al considerar que lo correspondiente era tramitar el litigio mediante una vía mercantil.

El desmedido tiempo que tomó superar los equivocados criterios del juez de origen sobre la vía procesal adecuada para tramitar el litigio generó un impacto negativo considerable al patrimonio del concesionario a lo cual debe adicionarse el transcurso del resto de las etapas lo cual repercutirá en la extemporánea

restitución de lo que se le adeuda y esto sólo en caso de que la resolución final tenga congruencia jurídica.

#### V.2.2.7 El caso Reynosa.

##### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslado de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

##### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Reynosa, Tamaulipas.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Reynosa, Tamaulipas, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

##### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario mercantil en contra del referido municipio en la cual le exigió el cumplimiento forzoso del contrato de concesión; el pago de las facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio concesionado por diversos períodos, el pago de intereses moratorios y el pago de daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado Tercero de lo Civil del Quinto Distrito Judicial en el Estado de Tamaulipas, el cual radicó el expediente bajo el número 7/2012.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación

económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

#### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el 8 de marzo del 2012 la cual fue admitida a trámite el día 27 del mismo mes y año, por lo cual transcurrieron 19 días entre uno y otro acto lo cual genera una asignación de daño medio y, por lo tanto, una valoración de 1 en el cuadrante “T1” por haber excedido de 15 días el trámite para admitir la demanda.

#### Tiempo para la resolución final.

La primera instancia del juicio fue resuelta el 27 de agosto del año 2013 dónde se declaró la improcedencia de la vía contra lo cual el concesionario promovió recurso de apelación mismo que tocó ser atendido por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia quien confirmó lo resuelto por el juez de origen.

Al sentirse afectado por la resolución de la apelación, la parte actora promovió demanda de amparo directo que resultara turnada al Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, el cual, en su sentencia del 20 de febrero del año 2014 negó la protección de la justicia federal.

Acorde a lo anterior, se deduce que transcurrieron aproximadamente 23 meses entre la presentación de la demanda y la resolución del juicio de amparo directo; sin embargo, es importante indicar que el proceso únicamente fue resuelto de forma más no de fondo dejando a salvo los derechos del concesionario para que los haga valer por la vía correspondiente, es decir, que el actor sigue a la fecha sin contar con la restitución de sus derechos, lo cual implica que el concesionario ya ha sido afectado de manera grave en su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 3 en el cuadrante “T2”.

#### Resultado

Es importante resaltar varios elementos respecto al resultado del proceso que se analiza.

El primero de estos elementos consiste en el hecho de que en el Estado de Tamaulipas no está constituido un tribunal de lo contencioso administrativo, por lo cual el concesionario no contó con la posibilidad de recurrir a un juicio de nulidad para reclamar sus derechos contra un acto indebido del ente público

concesionante o por la negativa ficta por lo que sus opciones se limitaban a recurrir a una jurisdicción de Derecho privado.

Acorde a lo anterior, el concesionario optó por recurrir a la vía ordinaria mercantil haciendo valer su carácter de comerciante y señalando que el adeudo se documentó en facturas derivadas de una prestación de servicios; sin embargo, los tres niveles jurisdiccionales a los que recurrió el concesionario para reclamar la restitución de sus derechos, asumieron el criterio de desestimar la vía intentada señalando que los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos no pueden ser considerados de naturaleza mercantil dado que estos no se encuentran catalogados entre los actos que, conforme al artículo 75 del Código de Comercio, tienen dicho carácter y, por lo tanto, no tiene regulación alguna en la legislación mercantil.

Dado que la resolución final de éste proceso no restituyó los derechos del concesionario se considera que su falta de acceso a la tutela judicial efectiva es grave por lo que debe asignársele un valor de 4 al cuadrante “R”.

#### Congruencia jurídica del proceso

La resolución de éste proceso presenta una falta de congruencia ya que se basó en criterios meramente formalistas indebidamente interpretados ya que el Código de Comercio prevé la posibilidad de que un ente público celebre actos de comercio y, por lo tanto, sea parte en un contrato con naturaleza mercantil.

Existe una afectación e incongruencia graves para el concesionario en éste caso ya que, si eliminamos la posibilidad de recurrir a la vía administrativa al no existir un tribunal de tal naturaleza en Tamaulipas y la vía mercantil por haber sido desestimada por las diversas instancias jurisdiccionales que conocieron del caso, la única opción que restaba por explorar era la civil; sin embargo, esta presenta un obstáculo aparentemente infranqueable el cual consiste en el hecho de que dicha vía sería procedente tomando como base de la acción la prestación de servicios misma que, acorde al Código Civil estatal, se encontraba prescrita en el momento en que fue resuelto el amparo directo ya que sólo se podía hacer valer hasta dos años después de haberse dado el incumplimiento por parte del prestatario de los servicios públicos; dicho de otro modo, el concesionario se ha visto afectado por una falta total de acceso a la tutela judicial efectiva.

Por lo anterior, se se asigna un valor de 2 al cuadrante “CJ”.

## Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervenien- tes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de deman- da (T1)	Tiempo para la resolu- ción final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valoriza- ción total de afectación al concesio- nario
Valoriza- ción	Sí	Si	1	3	4	2	10

## Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 10, lo cual indica que se ha registrado un daño grave para el concesionario en relación con la consecución de la restitución de sus derechos patrimoniales.

En éste caso se observó de nuevo la multivocidad jurisdiccional respecto al entendimiento de la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que se declaró la improcedencia de la demanda mercantil al indicarse que dicho acto jurídico no se encuentra regulado por la legislación comercial. Debe recordarse que, en el caso Mexicali, el criterio de los tribunales bajacalifornianos consistió en considerar precisamente lo opuesto, es decir, que la jurisdicción que corresponde para atender una controversia de esta naturaleza es la mercantil y no la civil.

Se concluye que, en éste caso, le fue negada la tutela judicial efectiva al concesionario dado que le fue negada la vía mercantil, le prescribió la civil y carece de un acceso a la vía administrativa dado que en Tamaulipas no se ha constituido un tribunal de lo contencioso administrativo.

### V.2.2.8 El caso Culiacán.

#### Antecedentes del caso.

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de disposición final de residuos en dicho municipio.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Culiacán, Sinaloa.

En atención a lo anterior podemos observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado encontramos al concesionario que es una persona de Derecho privado que se dedica al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el municipio de Culiacán, Sinaloa, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Sinaloa, mediante la cual solicitó el cumplimiento del contrato de concesión para la prestación del servicio público de disposición final de residuos sólidos urbanos y el pago de las prestaciones adeudadas como resultado de la realización de dicha actividad.

Este proceso fue radicado por la Sala Regional Zona Centro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Sinaloa bajo el número de expediente 1975/2016-2.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada por la concesionaria el día 14 de noviembre de 2016 y admitida por la Sala el día 23 de noviembre del mismo año, es decir, 9 días naturales después, lo cual, acorde a nuestra herramienta de medición en su cuadrante “T1”, no genera daño al concesionario, por lo que la calificación del cuadrante “T1” es de 0.

Es importante señalar que, a diferencia de las normas jurídicas aplicables al resto de los casos analizados, la legislación del Estado de Sinaloa prevé disposiciones que brindan claridad a los concesionarios respecto a la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones lo cual facilitó la admisión de la demanda y



presupone una mayor probabilidad de que la resolución del proceso les brinde una satisfacción respecto a la restauración de sus derechos.

Lo anterior se afirma con base en lo indicado en la fracción I del artículo 13 de la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Sinaloa el cual indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de dicha entidad es competente para conocer y resolver los litigios derivados de controversias relativas a la legalidad, interpretación, cumplimiento y efectos de actos, procedimientos y resoluciones administrativas y fiscales emitidas por autoridades que afecten la esfera jurídica de los particulares; esta fracción se correlaciona en lo que respecta al caso en estudio, con la fracción VI del mismo artículo que señala de manera expresa, que el tribunal tiene competencia también para conocer controversias que se refieran a la interpretación y cumplimiento de contratos de naturaleza administrativa en los cuáles sean parte los municipios.

#### Tiempo para la resolución final.

A la fecha de la redacción de esta tesis el asunto no se había resuelto en primera instancia, por lo que, al haber transcurrido 14 meses desde la promoción de la demanda y quedando por delante la resolución de primera y segunda instancia ante el tribunal contencioso administrativo estatal más el trámite del amparo directo que promueva la parte que resulte inconforme, lleva a concluir que el tiempo de resolución será superior a los 32 meses, por lo que la asignación de valor en el cuadrante T2, es de 3.

#### Resultado

Cómo se mencionó en el apartado anterior, la estimación de la resolución final del proceso será superior a los 32 meses, por lo que el apartado “R” debe calificarse con un valor 3.

#### Congruencia jurídica del proceso

El factor tiempo afecta también la calificación de la congruencia del proceso dado que la estimación de resolución final será superior a 32 meses, por ello, se asigna al cuadrante CJ el valor 1.

### Cuadro conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Si	Daño grave = 0	- Más de 32 meses / Daño grave = 3	- Sin resolver después de transcurridos más de 32 meses = 3	- Sin resolver después de transcurridos 32 meses = 1	7

### Conclusión

La suma de los valores analizados es 7, por lo que, acorde a los parámetros preestablecidos, la conclusión es que, en éste caso, el concesionario ha sufrido un daño medio respecto a la reintegración de sus derechos.

Se considera que el daño causado al concesionario se ve atenuado por la asertiva legislación en materia de justicia administrativa existente en el Estado de Sinaloa la cual prevé, de manera expresa, la competencia jurisdiccional del tribunal de lo contencioso administrativo de aquella entidad federativa, para conocer de controversias surgidas con motivo de incumplimientos derivados de contratos administrativos celebrados por las dependencias gubernamentales estatales y municipales, lo cual brinda una vía al concesionario para reclamar por esta vía, los incumplimientos de su contraparte; no obstante lo anterior, es relevante indicar que la normativa estatal no prevé la bivalencia del contrato de concesión.

#### V.2.2.9 El caso Ramos Arizpe.

##### Antecedentes del caso

El origen del caso deriva de la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de recolección y traslado de residuos en el municipio de Ramos Arizpe, Coahuila.

El menoscabo patrimonial sufrido por el concesionario fue resultado de la falta de pago de facturas por la realización del servicio concesionado no obstante la petición hecha al municipio para que cubriera la deuda respectiva.

### Sujetos intervinientes.

La parte actora lo es el concesionario de servicios públicos y la parte demandada el municipio de Ramos Arizpe, Coahuila.

En atención a lo anterior se puede observar que los sujetos intervinientes en el litigio coinciden con la cuestión analizada en la presente tesis, es decir, por un lado se encuentra el concesionario, que es una persona de Derecho privado dedicada al comercio y, por otra, a un ente público representado, en éste caso, por el mencionado municipio coahuilense, por lo que la respuesta al cuadrante “S” del cuadro conclusivo, es afirmativa.

### Objeto reclamado.

La estrategia procesal del concesionario fue promover demanda originadora de un juicio ordinario mercantil en contra del citado municipio en la cual le exigió el pago de las facturas adeudadas por concepto de la prestación del servicio concesionado por diversos períodos, el pago de intereses moratorios y el pago de daños y perjuicios, entre otras prestaciones.

Este proceso fue atendido por el Juzgado de Primera Instancia en materia Mercantil del Distrito Judicial de Saltillo, Coahuila, el cual radicó el expediente bajo el número 1121/2016.

Conforme a lo anterior, se concluye que el objeto de la acción intentada es coincidente con el presupuesto hipotético de la presente tesis, es decir, que se trata de un reclamo del concesionario hacia la concesionante derivado de la falta de cumplimiento de una obligación sinalagmática, es decir, de una obligación económica a cargo del ente gubernamental frente al empresario que prestó un servicio público concesionado; consecuentemente, la respuesta al cuadrante “O” es afirmativa.

### Tiempo para la admisión de la demanda.

La demanda fue presentada el 28 de octubre del año 2016 y el día 3 de noviembre del mismo año fue admitida la misma.

Conforme a lo anterior, se observa que la demanda fue admitida a trámite en menos de 15 días, razón por la cual resulta se estima que no hay afectación para la tutela judicial efectiva del concesionario en éste rubro debiendo asignarse una valorización de 0 en el cuadrante “T1”.

### Tiempo para la resolución final.

Al momento en que se escribe esta tesis, el juicio se encuentra en período probatorio, por lo cual aún resta concluir dicha etapa, desahogar los alegatos de las partes y posteriormente dictar la sentencia de primera instancia.

Entre la etapa actual y la presentación de la demanda han transcurrido 14 meses faltando aun desahogar la apelación y el juicio de amparo indirecto lo cual implica que el trámite del juicio demorará más de 32 meses lo que ocasionará una afectación grave al concesionario en su tutela judicial efectiva debiéndose asignar un valor de 3 en el cuadrante “T2”.

### Resultado

Cómo se mencionó en el apartado anterior, el juicio se encuentra pendiente de ser resuelto en primera instancia; sin embargo, la estimación de su duración es superior a los 32 meses considerando la fecha de la promoción del escrito inicial de demanda y la estimada para que se dicte una resolución final firme, lo cual califica la falta de acceso a la tutela judicial efectiva como grave asignándosele un valor 3 al cuadrante “R”.

### Congruencia jurídica del proceso

Al cuadrante “CJ” se asigna un valor de 1 ya que transcurrirán más de 32 meses para que exista una resolución de fondo al proceso.

### Cuadro Conclusivo

Conceptos	Sujetos intervinientes en el proceso (S)	Objeto Reclamado (O)	Tiempo para admisión de demanda (T1)	Tiempo para la resolución final (T2)	Resultado del Proceso (R)	Congruencia jurídica del proceso (CJ)	Valorización total de afectación al concesionario
Valorización	Sí	Si	0	3	3	1	<b>7</b>

### Conclusión

La asignación final de valor a éste proceso fue de 7, lo cual indica que se ha registrado un daño medio para el concesionario en relación con su pretensión de obtener la restitución de sus derechos patrimoniales.

El análisis del presente proceso demuestra la multiplicidad de criterios de los juzgadores respecto a la vía procesal correcta por la cual los concesionarios hagan valer los derechos sinalagmáticos que les corresponden derivados de un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos ya que, a diferencia

de los procesos de Reynosa, Tamaulipas y Mexicali, Baja California, en éste proceso no se ha cuestionado la procedibilidad de la vía mercantil, lo cual hace concluir que no existe en nuestro país un criterio uniforme sobre la resolución de los asuntos que nos ocupan.

## Conclusiones

La estructura de la presente tesis nos permite llegar a conclusiones secuenciales que culminan en la aportación de la teoría de la bivalencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, cómo se expondrá a continuación.

1. El primer paso dado en éste trabajo fue efectuar un análisis respecto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos de lo cual se concluyó que dicho acto jurídico es multívoco y, consecuentemente equívoco, debido a las encontradas corrientes doctrinarias que colisionan entre sí al considerar: i) la postura que declara la inexistencia del contrato (ya por que se niega la posibilidad de que la concesión se asimile a un acuerdo de voluntades porque la administración pública no puede ponerse en un plano de igualdad con los particulares o porque se considera que se trata de un acto de autoridad enmarcado en lo meramente administrativo y, por tanto, carente de naturaleza contractual); ii) la que afirma la existencia del contrato de concesión pero lo circunscribe a la materia administrativa en base a diversos criterios de asignación de tal calidad (criterio objetivo, subjetivo, jurisdiccional, formal, etc.<sup>364</sup>) y iii) la teoría mixta que considera que éste acto jurídico tiene una composición compleja ya que, por un lado es un contrato, por otro es un acto reglamentario y, en una tercera opinión, un “acto condición”.

Esta multivocidad del concepto del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales contamina las decisiones jurisdiccionales ya impide la fijación de un criterio uniforme y coherente en nuestro país respecto al trato de los litigios derivados de estos actos jurídicos decantándose en ocasiones hacia el extremo de la negación de la existencia de estos contratos, en otras hacia la consideración de que el acto sólo puede tener naturaleza administrativa y, en otras a estimar la calidad mixta del contrato con la consecuente problemática de asignarle la jurisdicción correcta (administrativa o civil), por ello, es importante comprender la naturaleza jurídica del acto jurídico en estudio y aportar una definición consecuente.

2. El concepto del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos que se propone como resultado del análisis efectuado en la presente tesis, es el siguiente: *Acuerdo de voluntades propuesto por un ente público, llamado*

---

<sup>364</sup> Esta corriente tiene otra variable consistente en la opinión de ciertos tratadistas y tribunales de que, en estos contratos se presenta una relación de supra a subordinación, es decir, que la administración pública siempre tendrá una postura privilegiada frente al particular por su calidad de protector del interés público (en cuyo caso la jurisdicción siempre será la administrativa); frente a esta postura otros doctrinarios y tribunales estiman que la concesión para la prestación de servicios públicos es un contrato de coordinación, es decir, que ambas partes se encuentran en un plano de igualdad y, consecuentemente, la jurisdicción aplicable puede ser administrativa o de derecho privado.

*“concesionante”, al cual se adhiere un particular (persona física o moral) denominado “concesionario”, mediante el cual éste asume la prestación de un servicio público a cambio de una contraprestación económica conformándose un contrato bivalente con contenido de interés público y cláusulas de Derecho privado que salvaguardan, respectivamente, la continua y eficiente realización de dichos servicios y los derechos económicos que le corresponden al concesionario.*

3. Se concluye que el contrato en estudio tiene una naturaleza jurídica “*sui generis*” dado que conforma un híbrido de disposiciones de orden administrativo y privado derivado de la disparidad de los sujetos intervinientes y sus respectivos objetivos.

4. La continuación de la secuencia metodológica del trabajo de investigación condujo a la confrontación de la problemática jurisdiccional del acceso a la tutela judicial efectiva de los concesionarios con las principales corrientes filosóficas del Derecho lo cual determinó que el espíritu de la teoría desarrollada se asienta en el neo constitucionalismo ya que esta postura garantista concilia el positivismo y el iusnaturalismo, esto es así dado que, si bien, es necesario acudir a las normas vigentes y de aplicación coercitiva que regulan la figura de la concesión para la prestación de servicios públicos municipales en lo sustantivo y los códigos que regulan la parte adjetiva a la cual podrían acudir los concesionarios que pretenden ejercer la tutela judicial, es decir, al Derecho positivo; por otra parte, el garantismo pregona el respeto a los derechos fundamentales del particular – concesionario, especialmente las referentes a la libertad de comercio y a la de seguridad jurídica lo cual debe conducir a la búsqueda de los mecanismos jurisdiccionales inequívocos que le proporcione al particular la anhelada tutela judicial efectiva..

5. Uno de los temas centrales de la tesis lo es la tutela judicial efectiva respecto al cual se concluye que, para que los concesionarios puedan hacer valer de manera efectiva sus derechos, no basta que existan tribunales ante los cuales se pueda presentar la demanda respectiva sino que debe garantizárseles la remoción de obstáculos que incidan en el libre acceso a la jurisdicción tales como los prejuicios judiciales (tendencia de los tribunales administrativos a favorecer a la Administración Pública), el desconocimiento técnico de la figura de la concesión (ante la falta de una unidad conceptual del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos), la diversidad de procesos jurisdiccionales que aparentan dar solución a los reclamos de los concesionarios que; sin embargo, generan reenvíos entre unos tribunales y otros y, en suma, ante la falta de una teoría integradora de la naturaleza jurídica bivalente de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos; en otras palabras, la tutela debe proveer una resolución satisfactoria, fundada y razonablemente pronta y expedita, situación que no se surte en el caso de los concesionarios que litigan el pago de sus contraprestaciones económicas como resultado de la prestación de servicios públicos municipales.

Se concluye también que existe una ineffectividad jurisdiccional concreta debido a que la normatividad mexicana que regula la figura jurídica en estudio no está configurada adecuadamente y ocasiona que los jueces que la aplican generen un funcionamiento nulo o, por lo menos, ineficiente.

6. Una conclusión correlacionada con la del numeral anterior identifica la importancia de que se garantice una tutela judicial efectiva a los concesionarios al brindarles un proceso expedito que garantice una mejor circulación de la riqueza, apoye la eficiencia del mercado, proteja la propiedad privada, el crédito y aliente las inversiones lo cual se traduciría en la estimulación de los negocios a través de la producción y el consumo; en otras palabras, la presentación de un sistema procesal eficiente es una condición esencial para el buen funcionamiento de la economía, en cambio, la ineficiencia e incapacidad de la jurisdicción para brindar protección a los derechos de los empresarios provoca que la parte más débil (en el caso que nos ocupa serían los concesionarios de servicios públicos municipales), tenga que aceptar las condiciones impuestas por la parte fuerte (la concesionante pública) o resignarse a no recibir lo que le corresponde ya que, de acudir a un juez para defender sus derechos, con seguridad obtendría una solución ineficiente y/o tardía y/o incierta y/o gravosa.

Acorde a lo anterior, se afirma que la tutela jurisdiccional para los concesionarios de servicios públicos municipales se ve afectada cuando las diferentes instancias (la contenciosa administrativa y la de los juzgados civiles o mercantiles) niegan la admisión de los reclamos de cláusulas sinalagmáticas aduciendo criterios diversos y encontrados o hacen tan compleja la tramitación y resolución que la justicia se vuelve tardía y, en ocasiones, estéril.

7. No escapó al análisis académico realizado el contraste entre los objetivos de cada una de las partes participantes en los contratos de concesión estudiados ya que, si bien en líneas anteriores se concluyó la importancia que tiene la satisfacción de los intereses económicos de los concesionarios, resultaba esencial revisar también el interés público consistente en la adecuada, uniforme, suficiente y permanente prestación de los servicios públicos que le corresponde proteger y satisfacer a la Administración Pública concesionante, por lo cual se dedicó el capítulo IV a la revisión de las características de los mismos y se estableció la indispensable inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que faculden a los entes públicos imponer decisiones unilaterales y extra contractuales para alcanzar su misión; sin embargo, se concluyó en el capítulo III, mediante la aplicación del método de ponderación de Alexy, que no se encuentran en conflicto los derechos de ambas partes ya que estos no son opuestos; éste resultado es recogido por la teoría de la bivalencia la cual propone su complementación a través de la pacífica coexistencia de una parte de Derecho público y otra de Derecho privado dentro de la redacción del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales.



8. La comprobación de las hipótesis planteadas en esta tesis, que corresponden primordialmente a la problemática de la falta de acceso a la tutela judicial efectiva fue expuesta en el capítulo V de la tesis mediante la revisión de una muestra de casos compuesta de procesos jurisdiccionales suscitados en diversas entidades de la república en los cuales el objeto de la acción lo es la exigencia de los derechos que le corresponde a los concesionarios de servicios públicos municipales contra las entidades gubernamentales que los contrataron.

La muestra aportada fue válida ya que el criterio considerado para la elección de la muestra tuvo una unidad de análisis debido a que los sujetos y procesos que se midieron tienen en común el objeto que los actores (los concesionarios) perseguían consistente en la exigencia del cumplimiento de los derechos bilaterales que les corresponden insertos en el contrato de concesión para la prestación de servicios municipales.

La revisión y análisis de la muestra reconoció la problemática de su representatividad por dos razones primordiales; la primera de orden “subjetivo” y la segunda “material”. La dificultad subjetiva se presentó al ser la población materia de la misma amplia y difusa, esto es así ya que pueden surgir litigios en cada contrato de concesión de prestación de servicios públicos municipales celebrado en el país, lo cual imposibilita la toma de una muestra total; por otro lado, la dificultad “material” consistió en la barrera de acceso a la información de los tribunales ya que estos no ofrecen etiquetas en sus listas de expedientes que expresen los motivos originadores de los procesos como medio para identificar los litigios con la misma causa que los estudiados en el presente trabajo lo cual hace compleja su ubicación; adicional a lo anterior, existe un serio obstáculo procesal que consiste en la imposibilidad de acceder a los expedientes en los cuáles no se tiene acreditada personalidad o interés alguno; sin embargo, esto representa una desviación estándar ya que cualquier investigador que efectúe un trabajo de investigación similar se enfrentaría a las mismas limitantes.

Las restricciones precitadas no fueron óbice para que la muestra ofrecida resultase válida y suficiente para comprobar las hipótesis vertidas en la tesis dado que los litigios analizados tienen un común denominador en cuanto a las partes intervinientes, el motivo de los reclamos y la forma en que fueron resueltos, además, estos procesos fueron resueltos en diversas entidades del país lo cual cimentó una unidad de variables geográficas.

Los resultados del análisis de la muestra seleccionada determinaron que no fue ofrecida, en general, una solución jurídicamente satisfactoria que acreditase la tutela judicial efectiva del concesionario mediante el acceso a una justicia rápida y expedita que salvaguarde sus derechos según pudo comprobarse de las valoraciones asignadas en la herramienta metodológica creada especialmente para la revisión de cada uno de los casos elegidos.

9. La teoría de la bivalencia implica la determinación de la real naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos municipales lo cual conduce a la univocidad de esta figura que esclarecerá la existencia de una figura híbrida y abonará en su entendimiento teórico y jurisdiccional ya que servirá para que las partes intervinientes en dicho contrato puedan acceder de manera efectiva a los procesos existentes (administrativos en el caso de las cláusulas de Derecho público) o privados (tribunales civiles o mercantiles en el caso de acuerdos sinalagmáticos) que les provea de tutela judicial plena y, consecuentemente, les permita gozar cabalmente la garantía de seguridad jurídica consagrada en la constitución federal.

La teoría de la bivalencia se suscribe a la corriente mixta de los contratos administrativos pero se matiza con la idea de que el contrato en estudio tiene una naturaleza híbrida dado que presenta características tanto de Derecho administrativo como de Derecho privado que pueden ser delimitadas dentro de dicho acto jurídico y, por ende, permitan fijar una jurisdicción clara para el caso de que sea necesario resolver una controversia derivada del mismo ya acudiendo a lo contencioso administrativo o a los tribunales civiles por lo cual la aportación teórica es una evolución de las teorías del acto mixto.

10. La propuesta final de la presente tesis proclama la adopción doctrinaria del concepto bivalente del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos de tal modo que se identifiquen con claridad las partes de Derecho público y Derecho privado que garanticen a las dos partes de la relación jurídica la satisfacción de sus derechos fundamentales al permitir, por un lado, al Estado proveer adecuadamente de servicios públicos a la ciudadanía y, por otro, se garanticen los derechos patrimoniales del concesionario – empresario al tener una vía clara, expedita y suficiente para poder acceder a una tutela jurisdiccional efectiva cuando pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

## Referencias

- Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo*. 14ª ed. Porrúa. México. 1999.
- Aibar, Julio, Cortés, Fernando, Martínez, Liliana y Zaremberg, Gisela. *El helicoide de la investigación. Metodología en tesis de Ciencias Sociales*. 1ª ed. Editorial Flacso. México. 2013.
- Albertsen, Jorge. *La naturaleza del servicio público*. Capítulo contenido en la obra colectiva denominada "*Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas*" coordinada por Béjar Rivera, Luis José. Editorial Porrúa, Universidad Panamericana. México. 2010.
- Alexy, Robert. La fórmula del peso. Segmento de la obra *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coordinada por Miguel Carbonell. 4ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2015.
- Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Teoría General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.
- Anaya Domínguez, Luz, Martínez Godínez, María Concepción, Olmos Jasso, María Teresa. *La concesión administrativa. Algunos aspectos teóricos y análisis de un caso práctico*. Revista Praxis de Justicia Fiscal y Administrativa. Año II, Número 4, agosto de 2010.
- Ansolabehere, Karina. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. 1ª ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México, Distribuciones Fontamara. México. 2007.
- Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. Porrúa 15ª, ed. México. 2012.
- Arellano García, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México. 1984.
- Arias Gayoso, Grethel. *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*. Editorial Novum. México. 2015.
- Arjona Trujillo, Ana María y Rubio Prado, Mauricio. *Análisis Económico del Derecho*. "Precedente" Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, Cali, Colombia. Anuario Jurídico 2002.
- Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta. Madrid. 2013.
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. 1ª ed. Editorial Ariel. Barcelona. 2014.
- Barbieri, Pablo C. *Contratos de empresa*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1998.
- Barcaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2ª ed. Depalma. Buenos Aires. 1980.
- Barra, Rodolfo C. *Hacia un interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Localizable en <http://ecaths1.s3.amazonaws.com/publicolanus/171622916.Hacia%20una%20interpretaci%C3%B3n%20restrictiva%20del%20concepto%20>
- Béjar Rivera, Luis José. *Evolución de la concesión administrativa en México*. Segmento de la obra "*El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*" coordinada por Sergio García Ramírez. Tomo III

*Derecho Administrativo* coordinado por Jorge Fernández Ruiz. Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa. México. 2010.

Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 5ª ed. Oxford University Press. México. 1999.

Bernal Pulido, Carlos. “*La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*”. Estudio contenido en la obra “*Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*”, coordinada por Antonio Flores Saldaña. Tirant Lo Blanch México. México. 2013.

Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Depalma. Buenos Aires. 1952.

Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 22, enero-junio 2010.

Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica. México. 2014.

Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. Editorial Trotta. Bologna. 2011.

Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. 2ª ed., 9ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 2014.

Bohórquez Zapata, Leonardo Andrés, Camacho Chaín, Mario Andrés. *El contrato de concesión*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Bogotá. 2002. Versión electrónica localizable en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS17.pdf>

Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones. Tomo I*. 14ª ed. Editorial Porrúa. México. 1995.

Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*. 23ª ed. Editorial Porrúa. México. 1986.

Burgoa, Ignacio. *Las garantías individuales*. 6ª ed. Porrúa. México. 1970.

Bustelo, Ernesto. Capítulo denominado “*Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio*” contenido en la obra colectiva “*Contratos Administrativos*”, coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2016.

Calafell, Jorge E. *Teoría General de la Concesión*. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1996.

Calamandrei, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 2. Editorial Harla. 1997.

Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1985.

Campagna, Julie. *Broad Constitutional framework of the United States government*. Notas del curso "Orientation in the U.S. Legal System" impartido por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. 2013.

Campolieti, Federico. *Los límites del contrato administrativo*. Segmento del libro *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Coordinado por Fernández Ruiz, Jorge, Santiago Sánchez, Javier. 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007.

Canda, Fabián Omar. *La competencia Contencioso-Administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación*. Artículo contenido en la Revista Estudios de Derecho Público. Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. Diciembre de 2013.

Canosa, Armando. "Los recursos", capítulo contenido en la obra "Procedimiento Administrativo". AAVV. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1998.

Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie doctrina jurídica, número 185. México. 2004.

Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1941.

Carpizo Mac Gregor, Jorge. *La interpretación constitucional en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1975.

Castillo Velasco, José María. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*. 1ª ed. UNAM. 1994.

Castro, Juventino V. *Garantías y amparo*. 10ª ed. Editorial Porrúa. México. 1998.

Comadira, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010.

Corvalán, Juan Gustavo. *Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, número 135, septiembre – diciembre de 2012.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires Argentina. 1958.

Chase, Plate, Luis. E. Artículo denominado "Los contratos de Derecho público" contenido en la Revista Actualidad en el Derecho Público. 5º año. Segunda Época. Mayo-agosto. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.

Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los Derechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

De la Madrid, Andrade. *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*. Porrúa. México. 2016.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Lucero Espinosa, Manuel. *Compendio de Derecho Administrativo*. 9ª ed. Editorial Porrúa. México. 2014.

De Giorgi, Raffaele. *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*. Editorial Fontamara. México. 2015.

De Pina, Rafael. Castillo Larrañaga, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29ª edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2007.

Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*. Revista Quid Juris. Número 6. Año 2008.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tecnos 2ª ed. Madrid. 1983.

Dromi, José Roberto. *La licitación pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989.

Enciclopedia Treccani. Localizable en: <http://www.treccani.it/enciclopedia/concessione-amministrativa/>

Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. T. II, 2º vol.* Bosch. Barcelona. 1966.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis editores. Bogotá. 1999.

Escola, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo. Volumen II*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1990.

Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma. Buenos Aires. 1989.

Fairén Guillén, Victor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, D.F. 1992.

Farrando, Ismael, Correa, José Luis. Capítulo denominado “Introducción. Régimen normativo de contrataciones del Estado”, incluido en la obra colectiva “Contratos Administrativos” coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2006.

Fernández, Bettina. *Breve reflexión sobre el servicio público*. Publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar). 2014.

Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. 3ª ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009.

Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (Coordinadores). *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Capítulo denominado “Los límites del contrato administrativo” por Federico Campolieti. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 2007.

Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2014.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta Editorial. Madrid. 2007.

Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México. 2002.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Sánchez Gil, Rubén. *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. 7ª ed. Editorial Porrúa. México. 2014.

Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 47a ed. Porrúa. México. 2009.

García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 9ª. ed. Editorial Fontamara. México. 2013.

Galindo Camacho, Miguel. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Porrúa. México. 2003.

García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12ª ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004.

Garrido Falla, Fernando, Palomar Olmeda, Alberto, Losada González, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte general: Conclusión*. 13ª ed. Tecnos. 2006.

Gerring, J. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Alianza Editorial. Madrid, España. 2012.

Gessner, Volkmar. *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2013.

Gil Díaz, Francisco y Fernández, Arturo M. (Compiladores). *El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana*. Capítulo denominado “Opciones de provisión de servicios públicos” por Carlos Hurtado. Fondo de Cultura Económica. ITAM. México, D.F. 1991.

Goldschmidt, James. *Principios Generales de Derecho*. Editorial Obregón y Heredia. México, D.F. 1983.

Gómez Murillo, Moisés y Gutiérrez Rosas, Rosa María. *Introducción al Derecho Económico*. Editorial Esfinge, S.de R.L. de C.V. Naucalpan, Estado de México. 2005.

González Sandoval, Rodrigo. *La Licitación Pública y el Contrato Administrativo*. Aplicación y Medios de Defensa. 1ª ed. Porrúa. México. 2008.

Goode, William J., Hatt, Paul K. *Métodos de investigación social*. Editorial Trillas. México. 1996.

Gordillo, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomo 8. Teoría General del Derecho Administrativo*. 1ª ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2013.

Gozaíni, G.A. *Derecho Procesal Transnacional*. Tirant Lo Blanch México. México, D.F. 2014.

Guasch, Luis J. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Antoni Bosch editor. Barcelona. 2005.

Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 9ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2014.

Hamdan Amad, Fauzi, González Salas, José Fernando Franco (Coordinadores del Volumen). *Derecho Administrativo. Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*. (Capítulo denominado “Contratos Administrativos” por José Raúl Ramírez García). 1ª ed. Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica. México. 2014.

Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos, Baptista Lucio, Pilar. *Metodología de la investigación*. MacGraw Hill. México. 2010.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 12ª ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1998.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*. 2ª ed. Ediciones Coyoacán. México. 2012.

Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de investigación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1991.

Leibniz, Gottfried Wilhelm. *Tres ensayos: El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Filosóficas. México. 2009.

Llobera, Hugo, O. *Contrato de Concesión Comercial*. Astrea. Buenos Aires. 2006.

Linares, Juan Francisco. *Concepto y definición de un servicio público*. Revista Argentina de Derecho Administrativo. Número 19. 1978.

Lois Estévez, José. *Sobre el concepto de "naturaleza jurídica"*. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1956.

López Vilas, Ramón. *El subcontrato*. Tecnos. Madrid. 1973.

López Monroy, José de Jesús. La cláusula "*rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión*". Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho. UNAM. Número 3, julio-septiembre de 2011. México. 2011.

López Olvera, Miguel Alejandro. "*Retos y reflexiones sobre la justicia administrativa local*", capítulo contenido dentro la obra denominada "*Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas*", coordinada por Béjar Rivera, Luis José. Editorial Porrúa, Universidad Panamericana. México. 2010.

López Vilas, Ramón. *El subcontrato*. Tecnos. Madrid. 1973.

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte especial, t. I. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires. 2004.

Lucero Espinosa., Manuel. *Los contratos administrativos*. Segmento incluido en la obra "*El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*" coordinada por Sergio García Ramírez, tomo "*Derecho Administrativo*" Tomo III, coordinado por Jorge Fernández Ruiz. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.

Luqui, Roberto E. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa. Tomo 1*. Astrea. Buenos Aires. 2005.

Lutzesco, Georges. *Teoría y Práctica de las Nulidades*. Porrúa. México. 2010.

Macleod-Cullinane, Barry. *Lon L. Fuller and the Enterprise Law*. Legal Notes no. 22. Libertarian Alliance. London. 1995. P. 1. ISSN 0267-7083 ISBN 1 85637 286 3. Versión electrónica localizable en: <http://www.libertarian.co.uk/lapubs/legan/legan022.pdf>.



Margáin Manautou, Emilio. *De lo Contencioso Administrativo. De anulación o de ilegitimidad*. 1ª ed. Porrúa. México. 2009.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Servicios Públicos. Actos de la Administración Pública*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratos de la Administración Tomo III-A*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1982.

Marinoni, Luz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007.

Martínez Morales, Rafael. I. *Derecho administrativo 1er curso*. Oxford University Press. México. 2007.

Martínez, Patricia Raquel. Capítulo denominado “*Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo*” contenido dentro de la obra colectiva “*Contratos Administrativos*” coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2006.

Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo Alemán*. 1ª. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2012.

Maurin, André. *Derecho administrativo francés*. Editorial Porrúa. México. 2004.

Miller, Roger Leroy y Jentz, Gaylord A. *Fundamentals of Business Law*. West Publishing Company. 2a ed. St. Paul, Minnesota, EEUU. 1993.

Morell Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi. Madrid. 1998.

Mondragón Badillo, Azaraí Farah. *Contratos Públicos – Procedimientos de Contratación México – España. Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Documento electrónico obtenido de [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx):

<https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/135/Becar. agosto de 2010>.

Monti, Laura. “*el agotamiento de la instancia administrativa*”, capítulo contenido en la obra “*Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*”. AAVV. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2003.

Morineau, Marta. El derecho comparado. Localizable en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/5.pdf>.

Muñoz Fraga, Rafael. *Derecho Económico*. 1ª ed. Porrúa. México. 2011.

Nava Negrete, Alfonso. *Derecho Administrativo Mexicano*. 1ª. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

Nava Negrete, Alfonso. *Estudios Administrativos*. 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto. Artículo: Reseña de “*La ciencia del derecho procesal constitucional*” de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores) Revista: Estudios Constitucionales 2009.

Ovalle Favela, Jorge A. *Derecho Procesal*. Editorial Oxford. México, D.F. 1999.

Outsourcing law. Página electrónica [www.outsourcinglaw.com](http://www.outsourcinglaw.com). Artículo denominado "Government" localizable en: <http://www.outsourcing-law.com/services-outsourced/customer-care/government/>

Pájaro Huertas, David. *La formulación de hipótesis*. Artículo publicado en la revista Cinta de Moebio de la Universidad de Chile, núm. 15. Santiago de Chile. 2002.

Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 17ª ed. Editorial Porrúa. México. 1986.

Pallares, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997.

Pérez Dayán, Alberto. *Teoría general del acto administrativo*. Editorial Porrúa. México. 2014.

Pérez Hualde, Alejandro. Capítulo denominado "*Contratos Administrativos: versión crítica*", contenido en la obra colectiva "*Contratos Administrativos*" coordinada por Farrando, Ismael. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2006.

Ponce de León Armenta, Luis. *Metodología del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 2011.

Ramírez García, José Raúl. *Contratos Administrativos*. Ensayo contenido en *Obra Jurídica Enciclopédica. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. Coordinada por Hamdan Amad, Fauzi, González Salas, José Fernando Franco. Editorial Porrúa. México. 2014.

Rastrollo Suárez, Juan José. *Contratos Públicos. Adaptación del Derecho Español a la Normativa Comunitaria*. Editorial Jurúa. Lisboa. 2010.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª. ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2000.

Real Academia de la Lengua Española. Página electrónica [www.rae.es](http://dle.rae.es/?id=2Hua4gs), localizable en: <http://dle.rae.es/?id=2Hua4gs>

Reséndez Bocanegra, Pedro Javier. *Protección al derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad*. 1ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2014.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. Artículo denominado "*La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*", contenido en la obra denominada "*Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*". Fernández Ruiz, Jorge, Santiago Sánchez, Javier. Coordinadores. 1ª ed. Universidad Nacional Autónomas de México. México. 2007.

Ruiz García, Laura. *Contratos Administrativos*. Flores Editor y Distribuidor. México. 2010.

Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*. Segmento de la obra *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coordinada por Miguel Carbonell. 4ª ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2015.

Sarmiento García, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999.

Sen, Amartya. *The idea of Justice*. Harvard University Press. Cambridge. 2009.

Sepúlveda Sandoval, Carlos. *De los Derechos personales, de crédito u obligaciones*. 4ª ed. Lazcano Garza Editores. Monterrey. 1997.

Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. 25ª ed. Porrúa. México. 2008.

Tafoya Hernández, José Guadalupe. Artículo denominado “*Interpretación de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal*”, contenido en la Revista del Instituto de la Judicatura Federal, versión electrónica localizable en: [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8\\_16.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_16.pdf)

Tamayo y Salmorán, Rolando, Cáceres Nieto, Enrique. *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1987.

Taruffo, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona. 2009.

Taruffo, Michele. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2012.

Treviño García, Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*. McGraw Hill, 6ª edición. México. 2002.

Tron Petit, Jean Claude. *Argumentación en el amparo. Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México. 2010.

Valles, Miguel S. *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Editorial Síntesis, S.A. Madrid. 1999

Védel, Georges. *Droit Administratif*. Collection Thémis, P.U.F. 1982.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. *La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades*. Artículo contenido en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C. Puebla. 2009.

Vitale, Ermanno. *Defenderse del poder, por una resistencia constitucional*. Trotta. Madrid. 2012.

Yanome Yesaki, Mauricio. *Derecho Administrativo. Parte General*. 1ª. ed. Elsa G. de Lazcano Editores. Monterrey. 2006.

### **Tesis Consultadas**

Octava Época. Registro: 207340. Instancia: Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. IV, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: 3a. 45. Página: 287. Competencia 148/87. Suscitada entre los jueces Cuarto de lo Civil del Partido Judicial de Tijuana, Baja California, y Segundo de Distrito en el Estado de Baja California Norte. 11 de julio de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Octava Época, Tomo II, Primera Parte, página 251.

Novena Época. Registro: 189995. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Abril de 2001. Materia(s): Administrativa, Civil. Tesis: P. IX/2001.

Página: 324. Juicio ordinario civil federal 1/2000. Jesús Guillermo Puente Cutiño. 20 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, diciembre de 1998, página 28, Pleno, tesis P./J. 83/98; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, diciembre de 1998, página 29. Apéndice 1917-2000, Tomo VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 296, Pleno, tesis 182.

Novena Época. 1010999. 14. Pleno. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo VII. Conflictos Competenciales Primera Parte - SCJN Primera Sección - Reglas generales, Pág. 21.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, página 236, Primera Sala, tesis 1a./J. 29/2000; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, página 237.